

DISZIPLINARISCHE VERANTWORTLICHKEIT IM ÖFFENTLICHEN DIENST

Analyse der gesetzlichen Regelung im Bund und im Kanton Zürich

vorgelegt von

ANDREA HÜLSMANN

Originaldokument gespeichert auf dem Webserver der Universitätsbibliothek Bern



Dieses Werk ist unter einem

Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte zu <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/> oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

Urheberrechtlicher Hinweis

Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/>

Sie dürfen:



dieses Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen

Zu den folgenden Bedingungen:



Namensnennung. Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers in der von ihm festgelegten Weise nennen (wodurch aber nicht der Eindruck entstehen darf, Sie oder die Nutzung des Werkes durch Sie würden entlohnt).



Keine kommerzielle Nutzung. Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden.



Keine Bearbeitung. Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt, mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/legalcode.de>

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 22. August 2013 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Martin Philipp Wyss und Prof. Dr. Andreas Lienhard als Dissertation angenommen.

Februar 2014, Online-Plattform der Universität Bern

Dank

Grosser Dank gebührt meinem Betreuer Prof. Dr. Martin Philipp Wyss. Von Beginn her unterstützte er meine Themenwahl und während er mir grossen Freiraum liess, das Thema zu entwickeln, war er stets da, um mich zu begleiten und – wenn nötig - erneut auf „den rechten Weg“ zu führen, sollte ich einmal davon abgekommen sein. Unsere Diskussionen waren für mich immerzu Herausforderung und Bereicherung zugleich. Ebenfalls danke ich Prof. Dr. Andreas Lienhard für seine wertvollen Inputs und bedeutenden Anregungen im Zweitgutachten.

Besonders bedanke ich mich bei lic.iur. Marcel Frei für das umfassende Gegenlesen, lic.iur. Hans Maurer, für die kritische Durchsicht aus der Perspektive des erfahrenen Staatsanwaltes und Bruno Schlegel, MLaw für die abschliessende Kontrolle der Arbeit.

Für die dauerhaften und unersetzlichen praktischen Diskussionen zum Thema danke ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Rechtsdienstes des Bundesamtes für Polizei insbesondere lic.iur. Barbara Aebi und lic.iur. René Bühler sowie des Rechtsdienstes der Kantonspolizei Zürich insbesondere Dr.iur. Karin Keller. Dank diesen zahlreichen Gesprächen war es mir möglich, das Thema weit über eine theoretische Perspektive zu entwickeln und es aus einer stark praktisch geprägten Sichtweise darzustellen.

Und ohne sie wäre die Arbeit nicht entstanden: Dr.iur. Valentin Roschacher, der mich beständig anhielt, mein Ziel zu verfolgen and Dr. Katherine Watson, who believed in my ability to succeed like nobody else.

Nicht gerecht werden können diese Zeilen des Dankes all denjenigen, die über all die Jahre meiner späten akademischen Laufbahn in Kanada und der Schweiz beständig und unentwegt für mich da waren und mich in allen Bereichen meines Lebens unterstützten, damit ich meinen Traum leben durfte. Meine Dankbarkeit dafür lässt sich nicht in Worte fassen!

Bern, Februar 2014

Inhaltsübersicht

Dank.....	III
Inhaltsübersicht.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abbildungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialien und Quellen	XXXVII
1. Botschaften	XXXVII
2. Amtliche Veröffentlichungen und Expertenberichte.....	XXIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

Einleitung	1
1 Ausgangslage	1
2 Fragestellung	3
3 Gang der Untersuchung	4

TEIL I: DISZIPLINARRECHT

1. Kapitel: Grundlagen disziplinarischer Verantwortlichkeit	9
1 Verantwortlichkeit als Prinzip des Rechtsstaates.....	9
2 Verfassungsrechtliche Grundlage disziplinarischer Verantwortlichkeit	19
3 Zur Bedeutung der ‚Disziplin‘	28
2. Kapitel: Disziplinarwesen als rechtliches Institut.....	39
1 Systematische Eingliederung des Disziplinarrechts	39
2 Besonderes Rechtsverhältnis als Voraussetzung disziplinarischer Verantwortlichkeit	44
3 Staatliche Disziplinarordnungen.....	51
4 Disziplinarrecht der Staatsangestellten.....	58
5 Rechtsschutz im Disziplinarwesen.....	74

3. Kapitel: Inhalt des Disziplinarrechts der Staatsangestellten 81

1	Gegenstand und Wesenszüge des Disziplinarrechts	81
2	Treuepflicht	86
3	Voraussetzungen disziplinarischer Verantwortlichkeit	114
4	Disziplinarmaßnahmen.....	120

4. Kapitel: Abgrenzung des Disziplinarrechts135

1	Einleitung.....	135
2	Abgrenzung zur Administrativuntersuchung.....	136
3	Abgrenzung zur Strafuntersuchung.....	144
4	Abgrenzung zum personalrechtlichen Verfahren	157
5	Abgrenzung zur Umsetzung ethischer Standards	169

TEIL II: NEUREGELUNG DES VERFAHRENS WEGEN ARBEITSPFLICHTVERLETZUNGEN

5. Kapitel: Regelungsbedarf177

1	Ergebnisse der Untersuchung	177
2	Begriffswandel der ‚Disziplin‘	179
3	Instrumente zur Aufrechterhaltung institutioneller Ordnung	181
4	Prüfung der Anwendbarkeit von Verfahrensgarantien im Disziplinarrecht.....	186

6. Kapitel: Gesetzlicher Lösungsvorschlag207

1	Grundzüge des Lösungsvorschlages	207
2	Modelle gesetzlicher Normen	209
3	Ausblick.....	235
4	Stichwortverzeichnis	237

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1 Ausgangslage	1
2 Fragestellung	3
3 Gang der Untersuchung	4

TEIL I: DISZIPLINARRECHT

1. Kapitel: Grundlagen disziplinarischer Verantwortlichkeit	9
1 Verantwortlichkeit als Prinzip des Rechtsstaates.....	9
1.1 Rechtsstaatlichkeit	9
1.2 Verantwortlichkeit.....	11
1.2.1 Politische Verantwortlichkeit der Staatsleitung.....	12
1.2.2 Rechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten	14
1.2.2.1 Strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	14
1.2.2.2 Staatshaftung und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit	15
1.2.2.2.1 Staatshaftung, Art. 146 BV	15
1.2.2.2.2 Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit	17
1.2.2.3 Disziplinarische Verantwortlichkeit.....	17
2 Verfassungsrechtliche Grundlage disziplinarischer Verantwortlichkeit	19
2.1 Weitere Aufgaben und Befugnisse, Art. 187 Abs. 1 lit. a BV.....	20
2.1.1 Gegenstand und Begriff der Aufsicht	21
2.1.2 Funktion der Aufsicht	23
2.1.3 Dienst- und Organisationsaufsicht	23
2.2 Erkenntnisse	25
3 Zur Bedeutung der ‚Disziplin‘	28
3.1 Begriffsverständnis.....	28
3.2 Historische Funktion und Zweckrationalität der Disziplin.....	30
3.2.1 Sozialisation als Grundlage.....	30
3.2.2 Disziplinierung als Sozialisationsprozess	30
3.2.3 MAX WEBER – Disziplin zwecks Rentabilitätssteigerung	33
3.2.4 MICHEL FOUCAULT – Disziplin als Technologie der Macht.....	34
3.3 Erkenntnisse	38

2. Kapitel: Disziplinarwesen als rechtliches Institut.....	39
1 Systematische Eingliederung des Disziplinarrechts	39
1.1 Eingliederung in das Verwaltungsrecht.....	39
1.2 Anwendung von Art. 6 EMRK auf Disziplinarrechtsfälle	41
2 Besonderes Rechtsverhältnis als Voraussetzung disziplinarischer Verantwortlichkeit	44
2.1 Gegenstand und Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses.....	44
2.2 Anforderungen an die Gesetzmässigkeit im besonderen Rechtsverhältnis.....	46
2.3 Geltung der Grundrechte im besonderen Rechtsverhältnis	49
2.4 Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates	49
3 Staatliche Disziplinarordnungen.....	51
3.1 Allgemeines	51
3.2 Verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen	51
3.3 Rechtsgrundlagen verschiedener staatlicher Disziplinarordnungen	52
3.3.1 Angehörige der freien Berufe.....	52
3.3.2 Militär	53
3.3.3 Insassen in Strafvollzugsanstalten und Massnahmenzentren	54
3.3.4 Schülerinnen und Schüler.....	55
3.3.5 Öffentlich Bedienstete.....	56
3.4 Erkenntnisse	56
4 Disziplinarrecht der Staatsangestellten.....	58
4.1 Stellung des öffentlichen Dienstrechts im Rechtssystem	58
4.2 Rechtsentwicklung des öffentlichen Dienstrechts	60
4.2.1 Bundesrecht	60
4.2.1.1 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 (altVG).....	60
4.2.1.2 Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 (BtG)	61
4.2.1.3 Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 (VDG)	63
4.2.1.4 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG)	64
4.2.1.5 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (VG).....	65
4.2.1.6 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG)	65
4.2.2 Kantonales Zürcher Recht	69

4.3	Überblick kantonaler Disziplinarrechtsordnungen.....	72
5	Rechtsschutz im Disziplinarwesen.....	74
5.1	Rechtsschutz auf Bundesebene.....	75
5.2	Rechtsschutz im Kanton Zürich	76
5.3	Rechtsschutz vor Bundesgericht	78
5.4	Erkenntnisse	79
3.	Kapitel: Inhalt des Disziplinarrechts der Staatsangestellten	81
1	Gegenstand und Wesenszüge des Disziplinarrechts.....	81
1.1	Inhalt des Disziplinarrechts	81
1.2	Wesen und Zweck des Disziplinarrechts	82
1.3	Kritik am Disziplinarrecht	83
2	Treuepflicht	86
2.1	Grundlagen der Treuepflicht	86
2.1.1	Vorbemerkungen.....	86
2.1.2	Ursprung der Treuepflicht.....	87
2.1.3	Entwicklung der Treuepflicht	87
2.1.4	Erkenntnisse	90
2.2	Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht	92
2.2.1	Inhalt und Zweck	92
2.2.2	Innerdienstliches und ausserdienstliches Verhalten.....	94
2.2.2.1	Innerdienstliches Verhalten	94
2.2.2.2	Ausserdienstliches Verhalten	94
2.2.2.3	Rechtliche Grundlagen der Regelung ausserdienstlichen Verhaltens	95
2.2.2.4	Abgrenzung zwischen inner- und ausserdienstlichem Verhalten	97
2.2.3	Funktionale Betrachtungsweise	97
2.2.3.1	Funktionale Betrachtungsweise bei ausserdienstlichem Verhalten	97
2.2.3.2	Erhöhte Verantwortung bestimmter Berufsgruppen.....	100
2.2.3.3	Moralvorstellungen, Suchtverhalten und strafbare Handlungen	101
2.3	Schutz der Grundrechte von Staatsangestellten.....	102
2.3.1	Gesetzliche Grundlage der Treuepflicht.....	103
2.3.1.1	Treuepflicht als gesetzliche Generalklausel	103
2.3.1.2	Gesetzliche Bestimmung beim Bund.....	103
2.3.1.3	Gesetzliche Bestimmung im Kanton Zürich.....	104

2.3.2	Öffentliches Interesse.....	104
2.3.2.1	Öffentliches Interesse in allgemeiner Weise.....	104
2.3.2.2	Öffentliches Interesse an funktionsfähigen staatlichen Institutionen	105
2.3.2.3	Überprüfung der zeitgemässen Geltung des öffentlichen Interesses an funktionsfähigen staatlichen Institutionen	105
2.3.2.4	Bedrohung des Institutionenvertrauens durch individuelles Verhalten	107
2.3.2.5	Innerer Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Interesse und den Dienstpflichten	109
2.3.3	Verhältnismässigkeit	111
2.4	Ergebnisse.....	112
3	Voraussetzungen disziplinarischer Verantwortlichkeit.....	114
3.1	Disziplinarartbestand.....	114
3.2	Verschulden.....	116
3.3	Verjährung.....	117
3.3.1	Verjährungsfrist.....	117
3.3.2	Fristenlauf.....	118
3.3.3	Ruhen der Verjährung	118
4	Disziplinar massnahmen.....	120
4.1	Rechtsnatur	120
4.1.1	Abgrenzung zu administrativen Massnahmen	120
4.1.2	Disziplinar massnahmen als repressive verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen	121
4.1.3	Disziplinar massnahmen als pönale Massnahmen.....	122
4.2	Arten der Disziplinar massnahmen	124
4.2.1	Allgemeines	124
4.2.2	Mögliche disziplinarrechtliche Massnahmen	125
4.2.2.1	Verwarnung.....	125
4.2.2.2	Verweis.....	126
4.2.2.3	Änderung des Aufgabenkreises.....	127
4.2.2.4	Lohnkürzungen	127
4.2.2.5	Busse.....	127
4.2.2.6	Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsorts.....	128
4.2.3	Disziplinarische und administrative Entlassung	129
4.2.3.1	Disziplinarische Entlassung.....	129
4.2.3.2	Administrative Entlassung.....	130
4.2.3.3	Unterschiede zwischen der administrativen und der disziplinarischen Entlassung	130

4.2.3.4	Abschaffung der disziplinarischen Entlassung.....	131
4.3	Bemessung disziplinarrechtlicher Massnahmen.....	132
4.3.1	Opportunitätsprinzip	132
4.3.2	Bemessungskriterien	133
4.	Kapitel: Abgrenzung des Disziplinarrechts	135
1	Einleitung.....	135
2	Abgrenzung zur Administrativuntersuchung.....	136
2.1	Institut der Administrativuntersuchung auf Bundesebene.....	136
2.1.1	Rechtliche Grundlagen der Administrativuntersuchung.....	136
2.1.2	Wesenszüge der Administrativuntersuchung	137
2.1.3	Abgrenzung und Subsidiarität der Administrativuntersuchung.....	138
2.2	Institut der Administrativuntersuchung im Kanton Zürich	140
2.2.1	Rechtliche Grundlage der Administrativuntersuchung.....	140
2.2.2	Wesenszüge der Administrativuntersuchung	141
2.2.3	Erkenntnisse	142
3	Abgrenzung zur Strafuntersuchung.....	144
3.1	Einleitung der Verfahren	145
3.1.1	Einleitung eines Strafverfahrens aufgrund eines Disziplinarverfahrens	145
3.1.1.1	Strafprozessuales Legalitätsprinzip und Anzeigepflicht	145
3.1.1.2	Hinreichender Tatverdacht als Prozessvoraussetzung.....	146
3.1.1.3	Ermächtigung zur Strafverfolgung.....	147
3.1.2	Einleitung eines Disziplinarverfahrens aufgrund eines Strafverfahrens	149
3.2	Koordination von Disziplinarverfahren und Strafuntersuchung	150
3.2.1	Zeitliche Durchführung der Verfahren	150
3.2.2	Verbindlichkeit der strafrechtlichen Erledigung im Disziplinarverfahren	150
3.3	Datenschutz bei Akteneinsicht.....	152
3.3.1	Datenschutz bei hängigen Strafverfahren.....	153
3.3.2	Datenschutz vor und nach hängigen Strafverfahren.....	153
3.4	Erkenntnisse	155
4	Abgrenzung zum personalrechtlichen Verfahren	157
4.1	Das personalrechtliche Verfahren als Verwaltungsverfahren	157
4.1.1	Einfluss des New Public Managements auf das Personalrecht	157
4.1.2	Anreizsysteme im New Public Management.....	158

4.2	Vorsorgliche Massnahmen	159
4.3	Kündigung.....	160
4.3.1	Ordentliche Entlassung.....	161
4.3.1.1	Ausführungen zu Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG	161
4.3.1.2	Ausführungen zu Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG	162
4.3.1.3	Vorgängige Mahnung	163
4.3.2	Fristlose Kündigung	165
4.3.3	Teilrevision Bundespersonalgesetz, Art. 10 E-BPG.....	166
4.4	Erkenntnisse	167
5	Abgrenzung zur Umsetzung ethischer Standards	169
5.1	Ethik im Allgemeinen.....	169
5.2	Ethik in der Verwaltung.....	169
5.2.1	Kulturelle Rahmenbedingungen.....	169
5.2.2	Verwaltungskultur	171
5.2.3	Verwaltungsethik.....	172
5.3	Erkenntnisse	173

TEIL II: NEUREGELUNG DES VERFAHRENS WEGEN ARBEITSPFLICHTVERLETZUNGEN

5. Kapitel: Regelungsbedarf	177
1 Ergebnisse der Untersuchung	177
2 Begriffswandel der ‚Disziplin‘	179
3 Instrumente zur Aufrechterhaltung institutioneller Ordnung	181
3.1 Vernetztes Regelungssystem.....	182
3.2 Praktische Anwendung des vernetzten Regelungssystems	184
4 Prüfung der Anwendbarkeit von Verfahrensgarantien im Disziplinarrecht.....	186
4.1 Geltende verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Strafrecht und im Verwaltungsrecht	186
4.1.1 Einleitung.....	186
4.1.2 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien	186
4.1.2.1 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Strafverfahren.....	187
4.1.2.2 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren	188
4.1.3 Unschuldsvermutung	189

4.1.3.1	Im Strafverfahren	189
4.1.3.2	Im Verwaltungsverfahren.....	190
4.1.4	Recht zur Aussageverweigerung	192
4.1.4.1	Im Strafverfahren	192
4.1.4.2	Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren	193
4.1.4.3	Wertungswiderspruch zwischen Schweigerecht und Mitwirkungspflicht	194
4.1.5	Recht auf Information über die erhobenen Beschuldigungen	196
4.1.5.1	Im Strafverfahren	196
4.1.5.2	Im Verwaltungsverfahren.....	197
4.1.6	Verteidigungsrechte	198
4.1.6.1	Im Strafverfahren	198
4.1.6.2	Im Verwaltungsverfahren.....	199
4.1.7	Verbot der Verwendung unrechtmässig erlangter Beweise	200
4.1.7.1	Im Strafverfahren	200
4.1.7.2	Im Verwaltungsverfahren.....	201
4.1.8	Keine Strafe ohne Gesetz und Verbot rückwirkender Strafgesetze	202
4.1.8.1	Im Strafverfahren	202
4.1.8.2	Im Verwaltungsverfahren.....	202
4.2	Erkenntnisse	203
 6. Kapitel: Gesetzlicher Lösungsvorschlag		207
1	Grundzüge des Lösungsvorschlages	207
1.1	Ziel der Neuregelung	207
1.2	Normstufe	208
2	Modelle gesetzlicher Normen	209
2.1	Interessenwahrungspflicht.....	209
2.1.1	Gesetzesvorschlag	209
2.1.2	Erläuterung.....	209
2.2	Arbeitspflichtverletzung.....	214
2.2.1	Gesetzesvorschlag	214
2.2.2	Erläuterung.....	214
2.3	Massnahmen	217
2.3.1	Gesetzesvorschlag	217
2.3.2	Erläuterung.....	217

2.4	Ermessensgrundsatz.....	222
2.4.1	Gesetzesvorschlag	222
2.4.2	Begründung	222
2.5	Verjährung.....	224
2.5.1	Gesetzesvorschlag	224
2.5.2	Erläuterung	224
2.6	Verhältnis zum Strafverfahren	227
2.6.1	Gesetzesvorschlag	227
2.6.2	Erläuterung.....	227
2.7	Informationspflicht.....	229
2.7.1	Gesetzesvorschlag	229
2.7.2	Erläuterung.....	229
2.8	Grundsätze	232
2.8.1	Gesetzesvorschlag	232
2.8.2	Erläuterung.....	232
3	Ausblick.....	235
4	Stichwortverzeichnis	237

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1 Übersicht wichtigster rechtlicher Grundlagen der Verantwortlichkeiten	26
Abb. 2 Sozialisationsprozess- Darstellung der vier Ebenen nach Tillmann	32
Abb. 3 Überblick der Rechtsentwicklung des Disziplinarrechts auf Bundesebene	68
Abb. 4 Überblick der Abgrenzung verschiedener Verfahren	174
Abb. 5 Vernetztes Regelungssystem zur Aufrechterhaltung institutioneller Ordnung	183
Abb. 6 Praktische Anwendung der verschiedenen Verfahren	184

Literaturverzeichnis

Hinweis: Die unten aufgeführten Werke werden in der Arbeit mit dem Nachnamen der Autorin oder des Autors und mit der Seitenzahl zitiert. Wo ein Bedürfnis dafür besteht, ist die Fundstelle durch ein Stichwort ergänzt.

Publikationen, welche nicht mehr als einmal zitiert werden, oder auf welche lediglich zur Information verwiesen wird, werden vollständig im Fussnotentext zitiert; es erfolgt jedoch keine Aufnahme ins Literaturverzeichnis.

- | | |
|--|---|
| ALBERTINI MICHELE | Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im
Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern
1999. |
| AUER CHRISTOPH | Kommentar zu Art. 12 und Art. 13 VwVG, in: Auer Chris-
toph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar
zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG),
Zürich 2008, S. 201 ff. (zit. Kommentar VwVG). |
| BACHER RENE | Erfahrungen und generelle Lehren zu Auftrag und Organisa-
tion von Administrativuntersuchungen, in: Ehrenzeller Bern-
hard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Administrativuntersuchung
in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunter-
nehmen, St. Gallen 2004, S. 25 ff. |
| BELLWALD PETER | Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten, Diss.
Bern 1985. |
| BIAGGINI GIOVANNI | BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen-
schaft, Zürich 2007 (zit. Kommentar BV, Hrsg.). |
| BIAGGINI GIOVANNI | Kommentar zu Art. 178 BV und Art. 187 BV, in: Ehrenzeller
Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender
Klaus (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kom-
mentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 2628 ff. und S.
2739 ff. (zit. Kommentar BV). |
| BREUER STEFAN | Max Webers tragische Soziologie, Tübingen 2006. |
| BRÜHL-MOSER DENISE | Die schweizerische Staatsleitung im Spannungsfeld von na-
tionaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationali-
sierung, Bern 2007. |
| CLAUSSEN HANS RUDOLF/
BENNEKE FRIEDHELM/
SCHWANDT ERNST-ALBRECHT | Das Disziplinarverfahren, 6. Aufl., Köln 2010. |

- DERLIEN HANS-ULRICH/
BÖHME DORIS/
HEINDL MARKUS
Bürokratietheorie: Einführung in eine Theorie der Verwaltung, Wiesbaden 2011.
- DONATSCH MARCO
Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst: Berechtigtes Anliegen oder juristischer Irrweg?, in: Jusletter 3. Mai 2010.
- EHRENZELLER BERNHARD
Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung (Hrsg.), St. Gallen 1999.
- EHRENZELLER BERNHARD/
SCHWEIZER RAINER J.
Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004.
- EICHENBERGER KURT
Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Band IV, Art. 102 aBV, Basel/Zürich/Bern 1988 (zit. Kommentar aBV).
- EPINEY ASTRID
Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen, in: svvor (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftung – öffentliches Dienstrecht, Bern 2010, S. 5 ff.
- FLACHSMANN STEFAN/
WEHRENBURG STEFAN
Aussageverweigerungsrecht und Informationspflicht, in: SJZ 97 (2001) Nr. 14, S. 313 ff.
- FLEINER THOMAS
Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980.
- FOUCAULT MICHEL
Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt am Main 1976 (zit. Gefängnisse).
- GOLDSCHMID PETER/
MAURER THOMAS/
SOLLBERGER JÜRG
Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008.
- GRABENWARTER CHRISTOPH
Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München/Basel/Wien 2008.
- GROSS JOST/
JAAG TOBIAS/
HÄNNI JULI
Kommentar zu Art. 146 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 2281 ff. (zit. Kommentar BV).
- GYGI FRITZ
Verwaltungsrecht, Bern 1986.
- HÄFELIN ULRICH/
HALLER WALTER
Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.

- HÄFELIN ULRICH/
MÜLLER GEORG/
UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010.
- HAFNER FELIX Öffentlicher Dienst im Wandel, in: ZBl 11/1992, S. 481 ff.
- HALDEMANN FRANK Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortung, Diss. Zürich 2003.
- HALLER WALTER Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Band IV, Art. 117 aBV, Basel/Zürich/Bern 1988 (zit. Kommentar aBV).
- HALLER WALTER/
KLÖZ ALFRED/
GÄCHTER THOMAS Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl., Zürich 2008.
- HÄNER ISABELLE Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 19 ff. (zit. Mindestgarantien).
- HÄNER ISABELLE Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, in: ZBl 03/ 2002, S. 57 ff. (zit. Einwilligung).
- HÄNER ISABELLE Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33 ff. (zit. Sachverhalt).
- HÄNER ISABELLE Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in: Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 395 ff.
- HANGARTNER YVO Reform des Beamtendisziplinarrechts, in: ZBl 71/1970, S. 425 ff. (zit. Reform).
- HANGARTNER YVO Treuepflicht und Vertrauenswürdigkeit der Beamten, in: ZBl 85/1984, S. 385 ff. (zit. Treuepflicht).
- HÄNNI PETER Personalrecht des Bundes, in: Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I: Organisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2004 (zit. Personalrecht).
- HÄNNI PETER Die Treuepflicht im öffentlichen Dienst, Diss. Freiburg 1982 (zit. Treuepflicht).

- HAUSER PETER/
FLACHSMANN STEFAN/
FLURI PATRICK
Disziplinarordnung. Das militärische Disziplinarstrafrecht, 5. Aufl., Zürich 2008.
- HAUSER ROBERT/
SCHWERI ERHARD/
LIEBER VIKTOR
Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, § 148, Zürich 2012 (zit. Kommentar GOG).
- HENNEBERGER FRED/
SUDJANA SARAH
Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals, in: ZBl 2/2007, S. 57 ff.
- HERZOG MANUELA/
LOOSER MARTIN
Der Einfluss der EMRK im öffentlich-rechtlichen Verfahrensrecht. Eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Sutter Patrick/Zelger Ulrich (Hrsg.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bern 2005, S. 131 ff.
- HENSLE BEAT
Strafe ohne Strafrecht, in: Sicherheit & Recht 1/2011, S. 37 ff.
- HERZOG RUTH
Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995.
- HINTERBERGER WALTER
Disziplinarfehler und Disziplinarmaßnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes, Diss. St. Gallen 1986.
- HUBER LUKAS
Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug, Diss. Basel/Frankfurt am Main 1995.
- HUG MARKUS
Kommentar zu Art. 110 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB. Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG, Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren einschlägigen Erlassen, 18. Aufl., Zürich 2010, S. 219 ff. (zit. Kommentar StGB).
- HUMMEL DIETER/
KÖHLER DANIEL/
MAYER DIETRICH
BDG Bundesdisziplinargesetz und materielles Disziplinarrecht, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 2009.
- IMBODEN MAX/
RHINOW RENÉ
Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Basel und Stuttgart 1976, S. 315 ff.
- JAAG TOBIAS
Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff. (zit. Sanktionen).
- JAAG TOBIAS
Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit. Staats- und Verwaltungsrecht).

- KUNKEL CLAUDIA Zur Problematik des Bestimmtheitsgebotes und des Verbot-
tes der Mehrfachbestrafung im Disziplinarrecht für Beamte,
Diss. Frankfurt am Main 1993.
- LANDSHUT NATHAN Kommentar zu Art. 302 StPO, in: Donatsch Andre-
as/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur
Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf
2010, S. 1493 ff. (zit. Kommentar StPO).
- LANG FRITZ Das Züricher Personalgesetz vom 27. September 1998, in:
Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des
öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff.
- LETSCH REINHOLD Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in
Disziplinarsachen, Diss. Rapperswil 1933.
- LIEBER VIKTOR Kommentar zu Art. 113 StPO, in: Donatsch Andre-
as/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur
Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf
2010, S. 476 ff. (zit. Kommentar StPO).
- LIENHARD ANDREAS Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New
Public Management in der Schweiz. Analyse – Anforderun-
gen – Impulse, Bern 2005.
- LUTZ LOUISE Die Verteidigung und das Verbot, den Angeschuldigten zu
seiner Selbstbelastung zu verpflichten, in: ZStrR 120/2002,
S. 410 ff.
- MARTI MICHELE Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst, Basel 2010.
- MASTRONARDI PHILIPPE Die Organisation der allgemeinen Bundesverwaltung, in:
Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich
(Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel
1996, S. 1 ff. (zit. Bundesverwaltung).
- MASTRONARDI PHILIPPE Verfassungslehre, Bern 2007 (zit. Verfassungslehre).
- MAYHALL NADINE Aufsicht und Staatshaftung, Zürich 2008.
- MERKER MICHAEL Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht,
in: Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des
öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 461 ff.
- MICHEL MATTHIAS Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998.
- MOOR PIERRE Droit administratif, Bern 2011.
- MOSER ANDRÉ Der Rechtsschutz im Bund, in: Helbling Peter/Poledna To-
mas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern
1999, S. 533 ff.

- MÜLLER ANDRÉ Erfahrungen mit Administrativuntersuchungen in Stadtverwaltungen, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004, S. 121 ff. (zit. Administrativuntersuchungen).
- MÜLLER GEORG Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Rechtssetzungslehre).
- MÜLLER GEORG/
FLURI PATRICK Innere und äussere Systematik der Gesetze, in: ius.full 3 + 4/05, S. 156 ff.
- MÜLLER MARKUS Das besondere Rechtsverhältnis. Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. besonderes Rechtsverhältnis).
- NÖTZLI HARRY Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005.
- NYFFENEGER RES Kommentar zu Art. 11 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, S. 159 ff. (zit. Kommentar VwVG).
- OGG MARCEL Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Zürich 2002.
- PIETH MARK Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009.
- POLEDNA TOMAS Mobbing (harcèlement psychologique) im öffentlichen Personalrecht, in: svvor (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftung – öffentliches Dienstrecht, Bern 2012, S. 173 ff. (zit. Mobbing).
- POLEDNA TOMAS Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, in: AJP 8/1998, S. 917 ff. (zit. Verfügung).
- POLEDNA TOMAS Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten – vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, in: ZBl 2/1995, S. 49 ff. (zit. Entlassung).
- RAISER THOMAS Grundlagen der Rechtssoziologie, 5. Aufl., Tübingen 2009.
- REHBINDER MANFRED Rechtssoziologie, 7. Aufl., München 2009.
- REHBINDER MANFRED/
KRAUSZ ALEXANDER Öffentlicher Dienst und New Public Management, in: Rehbinder Manfred (Hrsg.), ArbR Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1997, S. 87 ff.

- REHBINDER MANFRED/
STÖCKLI JEAN-FRITZ
Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319 – 330b OR, Bern 2010, S. 125 ff. (zit. Kommentar OR).
- RHINOW RENÉ
Rechtsstaatlichkeit im Spiegel der neuen Bundesverfassung, in: Gauch Peter/Thürer Daniel (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, S. 55 ff. (zit. Rechtsstaatlichkeit).
- RHINOW RENÉ/
KOLLER HEINRICH/
KISS CHRISTINA/
THURNHERR DANIELA/
BRÜHL-MOSER DENISE
Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010.
- RICHLI PAUL
Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management. Staatsrechtliche Fixpunkte für die Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnisses, Bern 1996 (zit. Dienstrecht).
- RICHLI PAUL
New Public Management und Personalrecht, in: Helbling Peter/Polodna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 102 ff. (zit. Personalrecht).
- RIKLIN FRANZ
Schweizerisches Strafrecht, 3. Aufl., Zürich 2007.
- ROHR RAHEL
Der disziplinarische Schulausschluss, Zürich/St. Gallen 2010.
- ROTH SIMON
Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“, in: Roth Robert/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, ZStrR 129/2011, S. 296 ff.
- RUCKSTUHL NIKLAUS
Strafprozessuales Schweigerecht und verwaltungsrechtliche Mitwirkungs- respektive Auskunftspflicht – ein Gegensatz? in: Schaffhauser René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2006, St. Gallen 2006, S. 217 ff.
- RÜDY BERNHARD
Neues Personalrecht für den Kanton Zürich, in: ArbR 1999, S. 25 ff. (zit. Personalrecht).
- RÜDY BERNHARD
Die Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts im Bereich der kantonalen Polizei, in: svvor (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftung – öffentliches Dienstrecht, Bern 2007, S. 163 ff.

- SÄGESSER THOMAS Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Bern 2007 (zit. Kommentar RVOG).
- SALADIN PETER Verantwortung als Staatsprinzip, Bern 1984.
- SCHALLER VIKTOR Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht, Diss. Zug 1944.
- SCHEDLER KUNO Anreizsysteme in der öffentlichen Verwaltung, Diss. Bern 1993.
- SCHEDLER KUNO/
PROELLER ISABELLA New Public Management, 2. Aufl., Bern 2003.
- SCHIBLI BEATRIX Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Diss. Zürich 2005.
- SCHMID GERHARD/
UHLMANN FELIX Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-Francois/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 223 ff.
- SCHMID NIKLAUS Strafverfahren und sein Verhältnis zu Administrativuntersuchung und Disziplinarverfahren, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004, S. 43 ff.
- SCHNEIDER HANS Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
- SCHWARZ PETER Die Disziplinarstrafe im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. Zürich 1972.
- SCHWARZENBACH HANS RUDOLF Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1985.
- SCHWEIZER RAINER J. Grundsatzfragen der Administrativuntersuchung, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004, S. 9 ff.
- SEILER HANSJÖRG Kommentar zu Art. 83 BGG, in: Seiler Hansjörg/von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, S. 310 ff. (zit. Kommentar BGG).
- SEILER HANSJÖRG Das (Miss-) Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, in: recht 1/2005, S. 11 ff. (zit. Mitwirkungsrecht).

- SOLINSKI MANO Perspektiven ethikbewussten Verhaltens in öffentlichen Verwaltungen in der Schweiz, St. Gallen 1993.
- STEINMANN GEROLD Kommentar zu Art. 29 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung Kommentar 2. Aufl., Zürich 2008, S. 577 ff. (zit. Kommentar BV).
- STRATENWERTH GÜNTER Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat 4. Aufl., Bern 2011.
- SUDJANA SARAH Leistungsanreize im öffentlichen Dienst, Bern/Stuttgart/Wien 2007.
- TILLMANN KLAUS-JÜRGEN Sozialisations-Theorien, 16. Aufl., Hamburg 2010.
- TOPHINKE ESTHER Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Diss., Bern 2000.
- TRECHSEL STEFAN Kommentar zu Art. 91 StGB, in: Trechsel Stefan et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, S. 473 ff. (zit. Kommentar StGB).
- TSCHANNEN PIERRE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. Staatsrecht).
- TSCHANNEN PIERRE Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008 (zit. Systeme).
- TSCHANNEN PIERRE/
ZIMMERLI ULRICH/
MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- UHLMANN FELIX/
BINDER IRIS Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, in: LeGes 2/2009, S. 151 ff.
- VEST HANS Kommentar zu Art. 32 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung Kommentar 2. Aufl., Zürich 2008, S. 661 ff. (zit. Kommentar BV).
- WALDMANN BERNHARD Das Disziplinarwesen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 95 ff.
- WALDMANN BERNHARD Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 55 ff. (zit. rechtliches Gehör).
- WEBER MAX Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung Wirtschaft und Gesellschaft. 2. Aufl., Tübingen 1925 (zit. Wirtschaft).

- WEBER MAX Wissenschaft als Beruf 1917/1919; Politik als Beruf 1919, in: Mommsen Wolfgang/Schluchter Wolfgang (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Tübingen 1992 (zit. Beruf).
- WOHLERS WOLFGANG Kommentar zu Art. 7 StPO und Art. 141 StPO, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 50 ff. und S. 606 ff. (zit. Kommentar StPO).
- WYSS MARTIN PHILIPP Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Bern 2001.
- ZÜST EUGEN Über die Verantwortlichkeit der thurgauischen Behörden und Beamten, Diss. Winterthur 1954.

Materialien und Quellen

Hinweis: Nachfolgend werden die in der vorliegenden Arbeit zitierten Materialien und öffentlichen Quellen chronologisch geordnet aufgeführt.

1. Botschaften

- Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6703 ff. (zit. Botschaft Änderung BPG)
- Botschaft vom 30. September 2009 zum Psychologieberufegesetz, BBl 2009 6897 ff. (zit. Botschaft Psychologieberufegesetz)
- Botschaft vom 22. August 2007 zur formellen Bereinigung des Bundesrechts, BBl 2007 6121 ff. (zit. Botschaft Rechtsbereinigung)
- Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO)
- Botschaft vom 3. Dezember 2004 zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe, BBl 2005 173 ff. (zit. Botschaft Medizinalberufegesetz)
- Botschaft vom 13. November 2002 zur Revision des Militärstrafgesetzes (Disziplinarstrafordnung), BBl 2002 7859 ff. (zit. Botschaft Disziplinarstrafordnung)
- Botschaft vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BBl 1999 VII 6011 ff. (zit. Botschaft Anwaltsgesetz)
- Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 II 1597 ff. (zit. Botschaft BPG)
- Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II 1979 ff. (zit. Botschaft StGB)
- Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Botschaft vom 20. Oktober 1993 zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), BBl 1993 III 997 ff. (zit. Botschaft RVOG)

- Botschaft vom 18. März 1991 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege sowie die Änderung des Bundesbeschlusses über eine vorübergehende Erhöhung der Zahl der Ersatzrichter und der Urteilsredaktoren des Bundesgerichts, BBl 1991 II 465 ff. (zit. Botschaft Änderung OG)
- Botschaft vom 10. März 1986 betreffend die Änderung des Beamtengesetzes und über die Genehmigung von Änderungen des Ämterverzeichnisses, BBl 1986 II 313 ff. (zit. Botschaft Änderung Beamtengesetz)
- Botschaft vom 29. Juni 1956 zum Entwurf eines neuen Verantwortlichkeitsgesetzes, BBl 1956 I 1393 ff. (zit. Botschaft Verantwortlichkeitsgesetz)
- Botschaft vom 18. Februar 1943 zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, BBl 1943 I 97 ff. (zit. Botschaft OG Bundesrechtspflege)
- Botschaft vom 27. März 1925 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, BBl 1925 II 181 ff. (zit. Disziplinarrechtspflege)
- Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, BBl 1924 III 1 ff. (zit. Botschaft Dienstverhältnis)
- Botschaft vom 20. Dezember 1911 betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes, BBl 1911 V 322 ff. (zit. Botschaft Errichtung Verwaltungsgericht)

2. Amtliche Veröffentlichungen und Expertenberichte

- Beschluss des Kantonsrates über die parlamentarische Initiative von Philipp Kutter betreffend Institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Organen vom 29. April 2011, KR-Nr. 9a/2008 (zit. KR-Nr. 91/2008 Institutionalisierte Zusammenarbeit)
- Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 2. Februar 2011, 106. Strafverfahren gegen Beamte; Zuständigkeit (zit. RRB 106/2011 Zuständigkeit)
- Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 23. Juni 2010. 926. Fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Schadenersatz, Entschädigung (Rekurs) (zit. RRB 926/2010 Kündigung)

- Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 30. September 2009, 1580. Koordination von Strafverfahren, personalrechtlichen Massnahmen und Administrativuntersuchungen (zit. RRB 1580/2009 Koordination)
- Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements vom März 2009 über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundespersonalgesetzes BPG vom 24. März 2000 (zit. Bericht Vernehmlassungsergebnisse)
- Bericht vom 19. September 2008 des Eidgenössischen Personalamt EPA über die Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG). Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage (zit. Bericht Revision BPG)
- Administrativuntersuchung, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 19. Dezember 2002, publ. in: VPB 67 (2003) Nr. 100 (zit. Gutachten BJ AU)
- Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 11. September 2002, 1416. Antwort des Regierungsrates auf Anfrage KR-Nr. 196/2002 (zit. RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung)
- Bericht vom 30. Oktober 1998 der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates über Ethik im öffentlichen Dienst, BBl 2000 I 29 ff. (zit. Ethik)
- Bericht vom 7. Oktober 1996 der parlamentarischen Untersuchungskommission über die Organisations- und Führungsprobleme bei der Pensionskasse des Bundes (FKB) und über die Rolle des Eidgenössischen Finanzdepartements in bezug auf die PKB, BBl 1996 V 153 ff. (zit. Bericht PUK)
- Richtlinien über Administrativuntersuchungen vom 18. November 1981, BBl 1981 III 1041 (zit. Richtlinien Administrativuntersuchungen)

Abkürzungsverzeichnis

a	alt: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes oder Artikels
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
al.	alinea
Amb.	Amtsblatt
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
Amtl. Bull. SR	Amtliches Bulletin des Ständerats
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BDG	Bundesdisziplargesetz (BDG) vom 9. Juli 2001 (BGBl. I „„ 1510) BRD
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz) (SR 812.121)
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) (SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) (SR 173.110)
BJ	Bundesamt für Justiz
BKP	Bundeskriminalpolizei
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BtG	Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (AS 43 439) (ausser Kraft)

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BWIS	Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120)
Bzw.	beziehungsweise
DB	Dienstbefehl
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DR	Dienstreglement
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E.	Erwägung(en)
E-BPG	Entwurf des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EPA	Eidgenössisches Personalamt
f./ff.	folgende Seite/folgende Seiten
GOG	Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (LS 211.1) ZH
HG	Gesetz vom 14. September 1969 über die Haftung des Staates und der Gemeinde sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) (LS 170.1) ZH
Hrsg.	Herausgeber
IDG	Gesetz vom 17. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz (LS 170.4) ZH
IOS	Informations- und Objektsicherheit
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KV	Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 des Kantons Zürich (LS 101) ZH

lit.	litera
LP	Lehrpersonalgesetz vom 10. Mai 1999 (LS 412.13) ZH
LS	Zürcher Loseblattsammlung
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) (SR 811.11)
m. H.	mit Hinweisen
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
MStV	Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (SR 322.2)
N	Note/Randnote
NPM	New Public Management
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (AS 60 271) (ausser Kraft)
OG RR	Gesetz vom 6. Juni 2005 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (LS 172.1) ZH
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
OS	Gesetz vom 30. Oktober 1866 betreffend die Ordnungsstrafen (LS 312) ZH
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (SR 171.10)
PG	Gesetz vom 27. September 1998 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, PG) (LS 177.10) ZH
PolV	Polizeiverordnung
PSP	Personensicherheitsprüfung
PSPV	Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (SR 120.4)
PsyG	Bundesgesetz vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG) (SR 935.81)
Publ.	publiziert
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
PV	Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) ZH
RRB	Regierungsratsbeschluss

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
svvor	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
UNO	United Nations Organizations (Vereinte Nationen)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
v.a.	vor allem
VDG	Bundesgesetz vom 11. Juni 1928 über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (BBl 128 II 165 ff.) (ausser Kraft)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) (SR 173.32)
VGE	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VerG ZH	Verwaltungsgericht Zürich
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) (SR 173.32)
VOG RR	Verordnung vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (LS 172.11) ZH

VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LS 175.2) ZH
VVP	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (LS 177.111) ZH
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
Zit.	zitiert
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

Einleitung

1 Ausgangslage

Von Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Disziplinarstrafrecht wird in der Schweiz seit dem Jahre 1848 gesprochen: Beamte der Eidgenossenschaft wurden damals verfassungsrechtlich für ihre Geschäftsführung für verantwortlich erklärt¹. 1850 wurde die Verantwortlichkeit der Staatsangestellten im Verantwortlichkeitsgesetz präzisiert und in eine strafrechtliche, eine vermögensrechtliche und eine disziplinarische Verantwortlichkeit unterteilt. Disziplinarrechtlich zu verantworten hatte sich derjenige, der sich fortgesetzter Nachlässigkeit, offener Pflichtversäumnis, oder wiederholter leichter Übertretungen der Gesetze oder Reglemente schuldig gemacht hatte².

Seit seinen Anfängen wurde das Disziplinarrecht kritisiert, was zu einer fortwährenden Gesetzesentwicklung führte. Kontinuierlich bemängelt wurden die lückenhafte Gesetzgebung, die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Grundrechtsbeschränkungen, der ungenügende Rechtsschutz und die nicht einheitliche Anwendung des Disziplinarrechts. In den 90er Jahren kam es unter dem Einfluss des New Public Managements (NPM)³ schliesslich zur sukzessiven Aufhebung bisher geltender disziplinarrechtlicher Normen. Das Personalrecht im öffentlichen Dienst sollte durch grundlegende Reformen dem Obligationenrecht angepasst und dadurch flexibilisiert werden. Da das Disziplinarrecht als Teil der bürokratischen Verwaltung eng mit der hoheitlichen Staatstätigkeit zusammen hängt, wurde durch die Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung in Frage gestellt, ob das Disziplinarrecht noch zeitgemäss und zweckmässig ist. Nach nicht ganz einheitlicher Auffassung der Lehre hält eine Mehrheit⁴ an einem ‚kleinen Disziplinarrecht‘ fest, ohne darzulegen, wie solche Bestimmungen aussehen müssten.

Sowohl auf Bundesebene als auch im Kanton Zürich werden gegen Staatsangestellte, die Arbeitspflichten verletzt haben, verwaltungsrechtliche Verfahren geführt und Massnahmen

¹ Art. 110 aBV 1848.

² Art. 37 altVG.

³ Die Philosophie des New Public Managements (NPM oder auch wirkungsorientierte Verwaltungsführung genannt) wurde in den 90er Jahren als ein Konzept für moderne Verwaltungsführung in die Schweiz überführt. Stark von der Betriebswirtschaft gezeichnet, will das NPM Verantwortung an die Front delegieren und über Ziele und Wirkungen führen, statt über Mittel. Darüber hinaus soll Wettbewerb in den öffentlichen Dienst hineingetragen werden, um die hoheitliche Verwaltung zum produzierenden Dienstleistungsbetrieb umzufunktionieren. Ziel ist eine zufriedene Kundschaft, durch die letztlich die Beziehungen zwischen Politik, Verwaltung und Gesellschaft verändert wird. LIENHARD, S. 23.

⁴ Vgl. HAFNER, S. 496; HÄNNI, Personalrecht, S. 88; MICHEL, S. 274; REHBINDER/KRAUSZ, S. 112; RICHLI, Dienstrecht, S. 114; WALDMANN, S. 121.

wie beispielsweise Verweise, Freistellungen, Versetzungen und Kündigungen ausgesprochen. Während im Bundespersonalgesetz und in der entsprechenden Verordnung noch disziplinarrechtliche Restbestimmungen verankert sind, hat der Kanton Zürich das Disziplinarrecht abgeschafft. Verfahren gegen Staatsangestellte werden als Administrativuntersuchungen geführt, welche einer gesetzlichen disziplinarrechtlichen Grundlage entbehren.

Gesetzesreformen beim Bund und im Kanton Zürich sind im Gange: Die Revision des Bundespersonalgesetzes sieht vor, am Disziplinarverfahren festzuhalten, obwohl die vorgesehene Gesetzesnorm zur Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs auf Grundsätzliches des Disziplinarwesens wie beispielsweise die abschliessende Regelung möglicher Massnahmen verzichtet. Im Kanton Zürich wurde die Finanzdirektion vom Regierungsrat beauftragt, eine gesetzliche Regelung der Administrativuntersuchung vorzubereiten und entsprechend Antrag zu stellen⁵. Somit wurde vorliegende Studie auch in der Hoffnung erarbeitet, die wissenschaftlichen Erkenntnisse können in die praktische Rechtsanwendung und Rechtsetzung umgesetzt werden, indem durch ein verbessertes Grundverständnis des Disziplinarrechts eine Entscheidungshilfe geboten wird, welche die Praxis dazu bewegen soll, das Disziplinarverfahren zukünftig unter Beachtung aller rechtsstaatlichen Grundsätze zu normieren.

⁵ RRB 1580/2009 Koordination, S. 7. Schreibende war in der Zeit von November 2010 bis Februar 2012 Mitglied der Arbeitsgruppe des Gesetzgebungsprojektes Regelung Administrativuntersuchung. Die Diskussionen zum Thema Disziplinarverfahren haben die vorliegende Dissertation bereichert; sie haben mein praktisches Wissen vertieft, mein Verständnis erweitert und mich für die Anliegen anderer Verwaltungszweige sensibilisiert.

2 Fragestellung

Ziel vorliegender Arbeit ist, das Disziplinarrecht und dessen tendenzielle Abschaffung aufzuarbeiten. Analysiert werden soll, wie disziplinarrechtliche Normen auszugestalten sind, damit sie einem tauglichen Instrument zur Regelung von Arbeitspflichtverletzung im öffentlichen Dienst gerecht werden.

In einem ersten Schritt wird geprüft, ob die Grundlagen des Disziplinarrechts - die disziplinarische Verantwortlichkeit, das besondere Rechtsverhältnis und die Treuepflicht - nach wie vor bedeutsam sind. Die disziplinarische Verantwortlichkeit verlangt von Staatsangestellten, dass sie bei Arbeitspflichtverletzungen persönlich für die Folgen des eigenen rechtlichen Fehlverhaltens einstehen müssen. Geprüft wird, ob sich die disziplinarische Verantwortlichkeit aus der Bundesverfassung ableiten lässt und welche Funktion ihr im Rechtssystem zukommt. Das besondere Rechtsverhältnis zeichnet sich durch eine verstärkte Befehlsgewalt des Staates gegenüber seinen Funktionären aus. Untersucht wird, ob erhöhte Pflichten und stärkere Grundrechtseinschränkungen von Staatsangestellten weiterhin begründet sind. Die Treuepflicht verlangt von Staatsangestellten, die Arbeit getreu zu erfüllen sowie die Interessen des Gemeinwesens zu wahren und zu fördern. Analysiert wird, ob die in Personalgesetzen als Generalklausel gesetzlich verankerte Treuepflicht auch heute noch für das inner- und ausserdienstliche Verhalten von Staatsangestellten verbindlich ist.

In einem zweiten Schritt wird das Disziplinarrecht ergründet, um wesentliche Elemente (Tatbestand der Pflichtverletzung, Verschulden, Verjährung etc.), die das Disziplinarrecht auszeichnen, zu identifizieren.

In einem dritten Schritt wird das Disziplinarverfahren von anderen Verfahren, nämlich der Administrativuntersuchung, dem Strafverfahren, dem personalrechtlichen Verfahren und der Umsetzung ethischer Standards abgegrenzt, um nachzufragen, ob eines dieser Verfahren in der modernen Verwaltung dazu geeignet ist, die Funktion des Disziplinarrechts zu übernehmen.

Abschliessend wird im Rahmen der Neuregelung analysiert, welche verfahrensrechtlichen Mindestgarantien des Strafprozessrechts auch im Verwaltungsrecht gelten. Geprüft wird dadurch, ob die verwaltungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze genügen, um Betroffenen im Disziplinarverfahren ein faires Verfahren zu garantieren.

3 Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile: Im Teil I (Disziplinarrecht; Kapitel 1 - 4) wird das Disziplinarrecht aufgearbeitet, damit in Teil II (Neuregelung des Verfahrens von Arbeitspflichtverletzungen; Kapitel 5 – 6) der Regelungsbedarf begründet und ein Lösungsvorschlag gesetzlicher Normen zur Regelung der Verfahren gegen Staatsangestellte wegen Arbeitspflichtverletzung präsentiert werden kann.

Zu Beginn der Arbeit werden die Grundlagen disziplinarischer Verantwortlichkeit dargelegt. Neben einer Klärung der Begriffe ‚Verantwortlichkeit‘ und ‚Disziplin‘ widmet sich das erste Kapitel der verfassungsrechtlichen Grundlage disziplinarischer Verantwortlichkeit, die im weiteren Sinne aus der gesetzlich vorgeschriebenen Aufsichtspflicht der politisch verantwortlichen Exekutivspitze über die Verwaltung als Teil der Exekutive abgeleitet wird.

Das zweite Kapitel dient dazu, das Disziplinarwesen als rechtliches Institut zu begründen und die Restbestimmungen des Disziplinarrechts zu veranschaulichen: Aufgezeigt wird, dass das Sonderstatusverhältnis beständig eine besonders enge Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und besonderen Bürgerinnen und Bürgern (Verwaltungsfunktionären, Personen im Justizvollzug, Wehr- und Zivildienstpflichtige sowie Benutzer öffentliche-rechtlicher Anstalten) kennzeichnet, was mit erhöhten Pflichten und stärkeren Grundrechtsbeschränkungen der Betroffenen einhergeht. Anhand von Beispielen staatlicher Disziplinarordnungen und der dargelegten Rechtsentwicklung des Disziplinarrechts im öffentlichen Dienst wird illustriert, wie durch das Disziplinarrecht sichergestellt werden soll, dass die auf ein Sonderstatusverhältnis begründete Ordnung innerhalb staatlicher Institutionen oder Personen- und Berufsgruppen gewahrt wird. Erläuterungen über den im Disziplinarwesen geltenden Rechtsschutz runden das Kapitel ab.

Inhalt, Wesen und Zweck des Disziplinarrechts sowie die Voraussetzungen disziplinarischer Verantwortlichkeit werden im dritten Kapitel beleuchtet. Weiter wird auf die Rechtsnatur, die Arten und die Bemessung der Disziplinarmaßnahmen eingegangen. Vertieft behandelt wird die Treuepflicht der Staatsangestellten dem Staat gegenüber, da sie als Grundlage sämtlicher Arbeits- und Berufspflichten das Fundament des Disziplinarwesens begründet.

Kapitel vier grenzt das Disziplinarverfahren von der Administrativuntersuchung, dem Strafverfahren, den personalrechtlichen Massnahmen sowie der Umsetzung ethischer Standards ab. Dargelegt werden die rechtlichen Grundlagen und Wesenszüge der Administrativuntersuchung beim Bund und im Kanton Zürich. Näher untersucht wird die Wechselbeziehung zwischen Disziplinar- und Strafverfahren, indem die Einleitung und die Koordination der Verfah-

ren sowie der Informationsaustausch beleuchtet werden. Weiter widmet sich das Kapitel dem personalrechtlichen Verfahren als Verwaltungsverfahren und erläutert die vorsorglichen Massnahmen sowie die Kündigung, denen im Disziplinarverfahren eine bedeutende Rolle zukommt. Abschliessend wird Grundlegendes der Umsetzung ethischer Grundsätze in der Verwaltung aufgezeigt.

Gestützt auf die in den ersten Kapiteln erlangten Erkenntnisse wird im fünften Kapitel der Regelungsbedarf begründet. Im Rahmen der Neuregelung wird untersucht, welche strafprozessualen Mindestgarantien im Verwaltungsrecht – und somit im Disziplinarrecht – gelten, um zu prüfen, ob zur Regelung von Arbeitspflichtverletzungen neue Verfahrensgrundsätze definiert werden müssen.

In Kapitel sechs wird abschliessend ein Lösungsvorschlag gesetzlicher Bestimmungen präsentiert, der das Personalrecht öffentlich Bediensteter bereinigen und verbessern soll.

In vorliegender Arbeit wird der Begriff ‚Staatsangestellte‘ verwendet. Damit ist das Personal des Staates und seiner unselbständigen Anstalten gemeint. Besonderheiten des Geltungsbereiches sind den Personalgesetzen zu entnehmen⁶.

Werden Beispiele präsentiert oder wird auf die Spezialgesetzgebung verwiesen, wird mehrheitlich die Polizei berücksichtigt⁷.

Obwohl bereits nach der Begriffsklärung fest steht, dass an einem Disziplinarrecht im ursprünglichen und begrifflichen Sinne nicht mehr festgehalten werden kann, wird in den Kapiteln eins bis vier der Begriff ‚Disziplinarrecht‘ verwendet, weil dieser auch heute noch der Einfachheit halber benutzt wird. In Kapitel fünf wird eine begriffliche Modernisierung vorgeschlagen: Anstatt von Disziplinarrecht soll zukünftig von Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung gesprochen werden. Der neue Begriff widerspiegelt die Rechtswirklichkeit und ist weniger emotional belastet.

Lehre und Rechtsprechung wurden bis zum 1. Juli 2012 berücksichtigt.

⁶ Das Bundespersonalgesetz unterstellt dem Gesetz das Personal der Bundesverwaltung, der Parlamentsdienste, der Schweizerischen Post, der Schweizerischen Bundesbahnen und der dezentralisierten Verwaltungseinheiten, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen (Art. 2 BPG). Das Personalgesetz des Kantons Zürich schliesst die Mitglieder des Regierungsrats, des Kassationsgerichts, des Obergerichts, des Sozialversicherungsgerichts und des Verwaltungsgerichts sowie die Ombudsperson vom Geltungsbereich des Gesetzes aus. Für die Lehrkräfte an Seminaren, Mittelschulen und Berufsschulen gilt das Gesetz, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen (§ 1 PG).

⁷ Eine Sonderstellung der Polizei ausserhalb der Verwaltung lässt sich heute nicht mehr rechtfertigen. Die Polizei als Teil der Verwaltung hebt sich weder verwaltungsrechtlich noch verwaltungsorganisatorisch von den anderen Verwaltungseinheiten hervor.

TEIL I: DISZIPLINARRECHT

1. Kapitel: Grundlagen disziplinarischer Verantwortlichkeit

„Im Herzen aller Disziplinarsysteme arbeitet ein kleiner Strafmechanismus, der mit seinen eigenen Gesetzen, Delikten, Sanktionsformen und Gerichtsinstanzen so etwas wie ein Justizprivileg genießt. Die Disziplinen etablieren eine „Sub-Justiz“; sie erfassen einen Raum, der von den Gesetzen übergangen wird; sie bestrafen und qualifizieren Verhaltensweisen, die den grossen Bestrafungssystemen entweichen.“

MICHEL FOUCAULT⁸

1 Verantwortlichkeit als Prinzip des Rechtsstaates

1.1 Rechtsstaatlichkeit

Der Staat ist die wichtigste formale Organisation im öffentlichen Raum, welche die Voraussetzungen und Bedingungen unseres Zusammenlebens herstellt. Der Staat soll dafür sorgen, dass den Bürgerinnen und Bürgern ein Leben in qualitativ und quantitativ optimiertem Glück möglich ist: Er soll „möglichst allen Personen in gleichem Masse und ohne Unterschied Existenzmöglichkeiten gewährleisten und individuelle Entfaltungschancen vermitteln.“⁹ Wesentliches Merkmal ist, dass der Staat ein „durch politischen Willen künstlich geschaffenes Gemeinwesen [ist], welches als einzige gesellschaftliche Entität gegenüber den eigenen Angehörigen die Legitimität der uneingeschränkten Herrschaft, einschliesslich des Gewaltmonopols, beansprucht.“¹⁰ Der Staat verteilt Macht und kontrolliert sie nach den anerkannten Grundsätzen der öffentlichen Ordnung¹¹.

Mit der Staatshoheit und dem Anspruch auf das Gewaltmonopol werden allerdings auch Voraussetzungen geschaffen, die dem Staat ermöglichen, seine Macht über die Bevölkerung auszuüben, was zu einer Gefahr für die Freiheit der Menschen wird. Um diese Gefahr zu bannen, soll das Recht die Macht sowohl anleiten als auch begrenzen. Die Idee des Rechtsstaates stammt aus der liberalen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, welche sich auf die Freiheit des Individuums stützt und beabsichtigt, die Privatsphäre des Einzelnen gegen staatliche Willkürherrschaft zu schützen¹².

⁸ FOUCAULT MICHEL, Überwachen und Strafen, Frankfurt am Main 1976, S. 230.

⁹ WYSS, S. 27.

¹⁰ FLEINER THOMAS/BASTA FLEINER LIDIJA, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 2004, S. 39.

¹¹ MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 135.

¹² LIENHARD, S. 127; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 843 f.; SCHMID/UHLMANN, S. 224; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 91.

Die dem Rechtsstaat damals zugrunde liegende Idee ist im modernen Staatsverständnis dieselbe geblieben: Fundament des Rechtsstaates ist die Konstituierung und Bindung jeglicher Staatsgewalt an das Recht. Durch das Recht soll staatliche Macht gemässigt und ein freiheitliches und menschenwürdiges Dasein gewährleistet werden. Staatliches Handeln wird berechenbar; der Einzelne kann sich am Recht orientieren und sich darauf verlassen. Der Rechtsstaat soll Verlässlichkeit garantieren und Vertrauen schaffen¹³.

Die Bundesverfassung definiert nicht ausdrücklich, was unter Rechtsstaat oder Rechtsstaatlichkeit konkret zu verstehen ist, vereint aber in Art. 5 BV in abstrakter und nicht abschliessender Weise fünf Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, welche in der gesamten schweizerischen Verfassungsordnung verwirklicht werden: die Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip), das Erfordernis des öffentlichen Interesses, die Verhältnismässigkeit, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Beachtung des Völkerrechts¹⁴.

Die Lehre unterscheidet zwischen formellem und materiellem Rechtsstaat: Der formelle Rechtsstaat verlangt, dass staatliche Macht in den Formen des Rechts ausgeübt wird. Konkret beinhaltet das Rechtsstaatsprinzip im formellen Sinn

- „die gewaltenteilige Kompetenzordnung
- die Gesetz- und Verfassungsmässigkeit
- den Rechtsschutz (Verfahrensgarantien, Gerichtsbarkeit, richterliche Unabhängigkeit)
- die Öffentlichkeit“.¹⁵

Das materielle Recht füllt diese formalen Garantien mit Inhalten. Im materiellen Sinn zählt zum Rechtsstaatsprinzip

- „die Achtung der Menschenwürde
- die Garantie der Rechtsgleichheit
- der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit
- die Garantie der Freiheitsrechte und weiterer Grundrechte
- die Garantie anderer verfassungsmässiger Rechte
- die Erforderlichkeit eines öffentlichen Interesses für staatliches Handeln und der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns.“¹⁶

¹³ LIENHARD, S. 127; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 848; SCHMID/UHLMANN, S. 224; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 91.

¹⁴ Vgl. dazu BIAGGINI, Kommentar BV, N 2 zu Art. 5; LIENHARD, S. 125; RHINOW, Rechtsstaatlichkeit S. 55 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 169.

¹⁵ LIENHARD, S. 126.

¹⁶ LIENHARD, S. 127; vgl. ferner SCHMID/UHLMANN, S. 224; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 91.

Ferner wird seit der Verfassungsreform im Jahre 1999 der Grundsatz der Staatshaftung (Art. 146 BV) als wesentlicher Aspekt materieller Rechtsstaatlichkeit anerkannt¹⁷. „Der Staat soll für den im Rahmen der Aufgabenerfüllung Dritten widerrechtlich – und in besonderen Fällen auch rechtmässig – zugefügten Schaden eintreten.“¹⁸ Weniger explizit verhält es sich mit der Anerkennung der politischen Verantwortlichkeit der Staatsleitung und der rechtlichen Verantwortlichkeit von Staatsangestellten als Aspekte der Rechtsstaatlichkeit.

1.2 Verantwortlichkeit

„Die Verantwortlichkeit ist die staatsrechtliche Ausgestaltung des Staatsprinzips Verantwortung“.¹⁹ Von Verantwortlichkeit kann erst gesprochen werden, wenn die gewaltenteilige Staatsorganisation jeder Behörde Kompetenzen und Verantwortungen zuweist und bestimmt, wer wem zu welcher Rechenschaft verpflichtet ist²⁰. Denn Verantwortung ist die Pflicht, *Antwort* zu geben; sie ist Rechenschaftspflicht individueller Machttträger Beteiligten gegenüber. Verantwortung zu übernehmen bedeutet „das Recht des anderen auf eine Rechtfertigung meines Verhaltens, soweit es ihn betrifft, anzuerkennen: Verantwortung als Rede-und-Antwort-Stehen, als dialogisches Prinzip.“²¹ Erst wenn Verantwortung definiert ist, kann Verantwortlichkeit im Sinne einer Haftung für Verletzungen der Verantwortung umgesetzt werden²². Durch Verantwortlichkeit wird staatliche Machtausübung einer rationalen Kontrolle unterstellt. Macht soll zum Schutze der Betroffenen stets begründet, begrenzt und kontrolliert sein. Folglich ist das Prinzip der Verantwortlichkeit Leitprinzip des öffentlichen Raumes; Verantwortlichkeit bildet den gemeinsamen Kern sämtlicher staatsleitender Prinzipien²³.

Während die Verantwortlichkeit – mit Ausnahme der Staatshaftung – nicht explizit als Rechtsstaatsprinzip anerkannt wird, so ist doch eine rechtsstaatliche Kompetenzordnung, in welcher Verantwortungsbereiche definiert und Verantwortungsträger festgelegt sind unerlässlich, um rechtsstaatliche Anliegen zu verwirklichen. Während SALADIN 1984 noch darauf hinwies, dass über Verantwortung als Prinzip des Rechtsstaates noch nie grundsätzlich nach-

¹⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, N 5 zu Art. 5; LIENHARD, S. 127; RHINOW, Rechtsstaatlichkeit, S. 62; SCHMID/UHLMANN, S. 229.

¹⁸ LIENHARD, S. 127.

¹⁹ MASTRONARDI, Rz. 805.

²⁰ MASTRONARDI, Rz. 804 f.

²¹ HALDEMANN, S. 3 f.

²² MASTRONARDI, Rz. 804 ff.

²³ MASTRONARDI, Rz. 478 ff. Staatsleitende Prinzipien sind: Prinzip der Staatshoheit, Prinzip des Föderalismus, Prinzip der Demokratie, Prinzip des Rechtsstaates, Prinzip des Leistungsstaates, Prinzip des Wirtschaftsstaates. MASTRONARDI, Rz. 713 ff.

gedacht worden war²⁴, anerkennt die herrschende Lehre die staatliche Verantwortlichkeit als grundlegendes rechtsstaatliches Anliegen²⁵. Wesentlich dazu beigetragen hat einerseits die Idee des New Public Managements (NPM), welche nach einer weitgehenden Trennung zwischen politisch-strategischer und operativer Verantwortung, verbunden mit starken Kontrollmechanismen, strebt²⁶. Es wird von der Prämisse ausgegangen, dass nur effizient und effektiv arbeiten kann, wer für seine eigenen Handlungen verantwortlich ist und die Konsequenzen dafür trägt. Nur durch Zuweisung von Verantwortung kann eine einwandfreie Amtsführung sichergestellt und die Kontrolle staatlicher Herrschaft gewährleistet werden²⁷. Andererseits wurden die Weiterentwicklung und Verdeutlichung der rechtsstaatlichen Prinzipien intensiviert, indem das Rechtsstaatsprinzip in der Bundesverfassung 2000 sichtbar gemacht und systematisiert wurde²⁸. Die Verankerung einzelner rechtsstaatlicher Elemente wie beispielsweise die Gewaltenteilung, die Verteilung der Regelungsbefugnisse, sowie die Trennung der Zuständigkeitsbereiche zwischen Parlament und Regierung ermöglichen, dass ein Hoheitsakt zugeordnet und Verantwortung übernommen werden kann²⁹.

Unterschieden wird zwischen der politischen Verantwortlichkeit der Staatsleitung und der rechtlichen Verantwortlichkeit von Staatsangestellten.

1.2.1 Politische Verantwortlichkeit der Staatsleitung

Verantwortung als Element der Führung bedeutet „die Bereitschaft und Verpflichtung, mit seiner Person für die Erfüllung einer Aufgabe einzustehen, Rechenschaft abzulegen und Rede und Antwort zu stehen für die Art und Weise der Kompetenzausübung.“³⁰ Damit der Verantwortungsträger für seine Handlungen und Unterlassungen einstehen kann, muss er eine Funktion und die damit einhergehende Verantwortung übernommen haben, und die Verantwortlichkeit muss geltend gemacht worden sein³¹. Dabei trägt Verantwortung nur, wer über

²⁴ SALADIN, S. 14.

²⁵ Vgl. BRÜHL-MOSER, S. 645; HALLER, Kommentar aBV, N 2 zu Art. 117; LIENHARD, S. 127; MASTRONARDI, Rz. 497; MAYHALL, S. 7 und S. 203; RHINOW, Rechtsstaatlichkeit, S. 62; SCHWARZENBACH, S. 15; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 403. Die Lehre sieht die Verantwortlichkeit teils auch als Gewaltenteilungspostulat bzw. als ein demokratisches Prinzip. SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung, Bern 1994; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 402.

²⁶ LIENHARD, S. 127.

²⁷ MAYHALL, S. 203; SCHEDLER/PROELLER, New Public Management, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 403.

²⁸ RHINOW, Rechtsstaatlichkeit, S. 56; SCHMID/UHLMANN, S. 226.

²⁹ RHINOW, Rechtsstaatlichkeit, S. 57; SCHMID/UHLMANN, S. 228. Die Verantwortlichkeit als Staatsprinzip geht weiter, als die Haftung für Verletzungen der Verantwortung. Im Kontext der Bundesverfassung figuriert die „Verantwortung“ als zentraler Begriff, auf den mehrmals explizit oder implizit verwiesen wird. Es lassen sich vier Grundtypen staatlicher Verantwortung identifizieren: die soziale, die ökologische, die kulturelle und die internationale Verantwortung. Diese Aspekte sind im Kontext vorliegender Arbeit nicht von Belang. Siehe dazu eingehend HALDEMANN, S. 36 ff.

³⁰ BRÜHL-MOSER, S. 645.

³¹ BRÜHL-MOSER, S. 645.

einen gewissen Spielraum zur eigenen Entscheidung verfügt. Ferner muss Verantwortung immer konkret sein; d.h. auf ein weitgehend eindeutig zugeschriebenes Gebiet muss eine möglichst prägnant festgelegte Zuständigkeit beschränkt werden. Somit bleibt Verantwortung „letztlich nur fassbar als Verantwortung für die Erfüllung bestimmter Aufgaben.“³²

Die politische Verantwortlichkeit zeichnet sich durch fünf Elemente aus: Erstens muss es sich um einen Gegenstand handeln, welcher politische Dimensionen aufweist und für das Staatsganze relevant ist. Zweitens muss vor einer politischen Instanz Rechenschaft abgelegt werden, die an der Leitung des Staatsganzen beteiligt ist (z.B. Parlament). Drittens muss an die verantwortende Tätigkeit ein politischer Bewertungsmaßstab angelegt werden, der sich auf – viertens – das Verfassungsrecht als Basis stützt, wobei die verfassungsrechtlichen Normen und Grundsätze politisch gewertet werden. Das fünfte Element politischer Verantwortung bildet die Frage nach dem Verantwortlichkeitsverfahren bzw. nach der politischen Sanktion³³, wobei die politische Verantwortlichkeit letztlich nicht justiziabel bleibt und sich weiterhin auf eine Rechtfertigungsbedürftigkeit gegenüber Parlament und Öffentlichkeit beschränkt³⁴.

Die politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Regierungssystem ist gegenwärtig in Art. 4 und Art. 37 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) geregelt: Für die Wahrnehmung der Regierungsfunktionen ist der Bundesrat als Kollegium verantwortlich. Während die Kollegiumsobliegenheiten das Gesamtorgan betreffen, hat das einzelne Mitglied des Bundesrates die politische Verantwortung für seine Departementsführung zu übernehmen: Der Departementsvorsteher bzw. die Departementsvorsteherin führt das Departement und trägt dafür die politische Verantwortung. „Die politische Verantwortlichkeit ist das Hintreten vor die Bundesversammlung und die Öffentlichkeit, das Rede- und Antwortstehen, das Entgegennehmen von Beanstandungen, aber auch von akzeptierender Billigung.“³⁵ Unmittelbare Sanktionen sind mit der politischen Verantwortlichkeit nicht verbunden.

Von der politischen Verantwortlichkeit abzugrenzen ist die individuelle rechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten, die eine strafrechtliche, eine vermögensrechtliche und eine disziplinarische Verantwortlichkeit umfasst³⁶.

³² SALADIN, S. 32; vgl. ferner MAYHALL, S. 7 ff.

³³ BRÜHL-MOSER, S. 645.

³⁴ BRÜHL-MOSER, S. 647; Botschaft RVOG, BBl 1993 III 1062.

³⁵ Botschaft RVOG, BBl 1993 III 1062.

³⁶ Verschiedentlich wird die politische Verantwortlichkeit auch als rechtliche Verantwortlichkeit eingestuft, da eine Wahlbehörde die von ihr gewählten Amtsträger durch Nichtwiederwahl oder in manchen Fällen durch Abberufung zur Rechenschaft ziehen kann. Vgl. dazu BRÜHL-MOSER, S. 645; MASTRONARDI, Rz. 804.

1.2.2 Rechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten

Rechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten bedeutet das persönliche Einstehenmüssen für die Folgen des eigenen rechtlichen Fehlverhaltens³⁷. Dabei wird zwischen einer strafrechtlichen, einer vermögensrechtlichen und einer disziplinarischen Verantwortlichkeit unterschieden. Die Verantwortlichkeiten sind voneinander unabhängig. Der strafprozessuale Grundsatz des Verbotes mehrmaliger Bestrafung wegen derselben Sache (Prinzip des „ne bis in idem“)³⁸ gilt wegen der Wesensverschiedenheit der Verantwortlichkeiten nicht. Die zuständige Behörde würdigt denselben Sachverhalt immer nur mit der ihnen jeweils von Gesetzes wegen zukommenden Beurteilungskompetenz³⁹. Doch bleibt trotz unterschiedlicher Ausrichtung das Fundament der Verantwortlichkeiten dasselbe; eine Person haftet für ihre Handlungen und deren Folgen und muss über ihr Tun und dessen Konsequenzen Rechenschaft ablegen. Im Jahr 1954 schrieb ZÜST:

„Was aber alle drei Verpflichtungen gemeinsam haben ist, dass sie den Sinn für die Verantwortlichkeit schärfen wollen in der Erkenntnis, dass Unverantwortlichkeit für das sittliche Leben dasselbe darstellt wie Pest für das körperliche Dasein.“⁴⁰

1.2.2.1 Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten umfasst neben den allgemeinen Strafbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) sowie der Nebenstrafgesetzgebung⁴¹, die für alle Bürgerinnen und Bürger gleichermassen gelten, die beamtenrechtlichen Sonderdelikte. Letztere stellen die Verletzung wichtiger Amtspflichten unter Strafe, wie Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB), Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB), sich

³⁷ TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 403; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, S. 72; BIAGGINI, Kommentar BV, N 1 zu Art. 146.

³⁸ Das Verbot der Doppelverfolgung (ne bis in idem) besagt, dass derjenige, der wegen einer strafbaren Handlung bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, für die gleiche strafbare Handlung im gleichen Land nicht erneut verfolgt oder bestraft werden darf. Der Grundsatz wird durch Art. 14 Ziff. 7 UNO-Pakt II bzw. Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK geregelt, gilt aber bereits als materielles eidgenössisches Strafprozessrecht und lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung direkt aus der Bundesverfassung ableiten. Der Grundsatz wurde in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung in Art. 11 festgehalten.

³⁹ Statt vieler HINTERBERGER, S. 51; WALDMANN, S. 115; BGE 104 Ib 1 E. 3a S. 3. Im BGE 102 Ia 28 E. 1c S. 30 führt das Bundesgericht aus, dass disziplinarische Massnahmen wie Verweise und Busse oder ähnliche Sanktionen mit überwiegendem Strafcharakter unter den Grundsatz ne bis in idem fallen. Im BGE 108 Ia 230 E. 2b S. 233 präzisiert das Bundesgericht allerdings, „dass nicht der Grundsatz ne bis in idem, sondern das Verhältnismässigkeitsprinzip entscheidet, ob und inwiefern der Anwalt kumulativ diszipliniert werden kann.“ Vgl. auch BGE 137 I 363 E. 2 S. 364 f.

⁴⁰ ZÜST EUGEN, Über die Verantwortlichkeit der thurgauischen Behörden und Beamten, Diss. Winterthur 1954, S. 1.

⁴¹ Z.B. das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) (SR 812.1); Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG) (SR 741.01).

bestechen lassen (Art. 322^{quater} StGB) etc.⁴². Die Besonderheit dieser Straftatbestände beruht darin, dass diese nur von Beamtinnen und Beamten im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB erfüllt werden können⁴³. Der Begriff des Beamten im Sinne des Strafgesetzbuches ist weit gefasst und schliesst alle Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege ein. Entscheidend für die Beamtenstellung ist, dass der Täterin oder dem Täter Funktionen amtlicher Natur übertragen werden, die zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichen-rechtlichen Aufgabe dienen⁴⁴. Während die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes ist (Art. 123 Abs. 1 BV), steht es den Kantonen zu, über die Regelung der Ermächtigung zur Strafverfolgung zu entscheiden (Art. 7 Abs. 2 StPO).

Die Strafverfolgung von Beamten wegen im Amt begangener Verbrechen oder Vergehen bedürfen der Ermächtigung einer unabhängigen Behörde. Dieses Strafverfolgungsprivileg dient dazu, Staatsangestellte vor ungerechtfertigten Anschuldigungen und inopportuner Strafverfolgungen zu schützen und zu verhindern, dass durch Strafanzeigen oder deren Androhung Druck ausgeübt werden kann⁴⁵. Dabei dürfen im Ermächtigungsverfahren – ausser bei obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden – nur strafrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Hätten ausserstrafrechtliche Aspekte wie beispielsweise politische Erwägungen Einfluss auf die Erteilung der Ermächtigung, wäre dies mit dem Gebot der Rechtsgleichheit nicht vereinbar⁴⁶.

1.2.2.2 Staatshaftung und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit

1.2.2.2.1 Staatshaftung, Art. 146 BV

Der Bund haftet für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen (Art. 146 BV). Zu den Organen zählen sämtliche Funktionsträger des Bundes. Die Bestimmung geht vom Grundsatz der ausschliesslichen Staatshaftung aus: Es besteht keine direkte Verantwortung des Bundespersonals geschädigten Personen gegenüber⁴⁷. Dies war nicht immer so: Die Grundlage von Art. 146 BV⁴⁸ hatte nicht nur die Beam-

⁴² HÄFELIN/HALLER, Rz. 1431; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1597; JAAG, Staats- und Verwaltungsrecht, Rz. 3073.

⁴³ Ebenfalls zu erwähnen sind die unechten Sonderdelikte, bei welchen die Strafandrohung durch die persönliche Täterqualifikation erhöht oder gesenkt wird. Das verbotene Verhalten ist als gemeines Delikt strafbar; der Tatbestand kann von jedermann erfüllt werden. Vgl. Art. 138 Abs. 2 StGB Veruntreuung: Wer die Tat als Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand oder berufsmässiger Vermögensverwalter begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn statt fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

⁴⁴ HUG, Kommentar StGB, N 3 zu Art. 110; BGE 121 IV 216 E. 3a S. 220.

⁴⁵ HÄFELIN/HALLER, Rz. 1431; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1598.

⁴⁶ BGE 137 IV 269 E. 2.4 S. 277.

⁴⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, N 1 zu Art. 146; GROSS/JAAG/HÄNNI, Kommentar BV, N 6 zu Art. 146.

ten für vermögensrechtlich verantwortlich erklärt, sondern schloss ebenso eine strafrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit ein. Zwar sagte Art. 110 aBV über die Art der Verantwortlichkeit nichts Näheres aus, doch „wurde die Bestimmung auf die in einem engeren Sinne verstandene rechtliche Verantwortlichkeit des einzelnen Amtsträgers bezogen, d.h. auf sein Entstehen-Müssen für rechtlich messbares, individuelles Fehlverhalten.“⁴⁹ Somit galt Art. 110 aBV als Gesetzgebungsauftrag, Normen über die Verantwortlichkeit der Beamten für ihre Geschäftsführung zu erlassen. Infolgedessen wurde 1850 das Verantwortlichkeitsgesetz eingeführt, welches 1958 revidiert wurde und noch heute in Kraft ist.

Während der Verfassungsartikel in den Jahren 1848 und 1874 unverändert blieb, haftete gemäss Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 der Bund grundsätzlich nicht für den Schaden, den Dritte als Folge gesetzeswidriger Amtsführung der Beamten erlitten. Im Verantwortlichkeitsgesetz von 1958 wurde dagegen die primäre Haftung des Bundes eingeführt⁵⁰. Der Bundesrat legte in der Botschaft zum neuen Verantwortlichkeitsgesetz zwar dar, dass „die Einführung der primären Staatshaftung mit blossem Regressrecht des Bundes auf den fehlbaren Beamten vom Standpunkt der Verfassung aus betrachtet sehr weit geht“⁵¹, erachtete aber eine Revision von Art. 117 aBV als entbehrlich⁵².

Die seit 1958 gelebte Verfassungswirklichkeit (ausschliessliche Staatshaftung) wurde in der geltenden Bundesverfassung nachgeführt und in Art. 146 BV verankert. Anlässlich der Revision wurde darauf verzichtet, weiterhin die strafrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit des Bundespersonals verfassungsrechtlich abzudecken, mit der Begründung, diese seien auf Gesetzesstufe (VG, BtG, StGB) bereits genügend verankert⁵³.

Ebenfalls nicht in den Geltungsbereich von Art. 146 BV fallen die Haftung der Kantone und Gemeinden für Schäden, welche ihre Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten verursachen. Die Kantone haben eigene Haftungsregeln zu erlassen. Wird auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verzichtet, gilt im kantonalen Schadensfall nicht das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, sondern das privatrechtliche Haftpflichtrecht (Art. 41 ff. und 61 OR)⁵⁴. Im Kanton Zürich ist der Grundsatz der Staatshaftung in Art. 46 der Kantonsverfassung (KV) verankert. Einzelheiten sind im Haftungsgesetz (HG) geregelt.

⁴⁸ Der Gesetzestext von 1848 Art. 110 BV und 1874 Art. 117 BV war identisch und lautete wie folgt: „Die Beamten der Eidgenossenschaft sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Ein Bundesgesetz wird diese Verantwortlichkeit näher bestimmen.“

⁴⁹ HALLER, Kommentar aBV, N 3 zu Art. 117.

⁵⁰ SCHWARZENBACH, S. 4 f.

⁵¹ Botschaft Verantwortlichkeitsgesetz, BBl 1956 I 1398.

⁵² Vgl. dazu auch HALLER, Kommentar aBV, N 22 f. zu Art. 117.

⁵³ Botschaft BV, BBl 1997 375; siehe dazu Kap. 1 Ziff. 2.

⁵⁴ GROSS/JAAG/HÄNNI, Kommentar BV, N 2 zu Art. 146.

1.2.2.2 Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staatsangestellten ist im Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten und auch den entsprechenden kantonalen Gesetzen verankert⁵⁵. Vermögensrechtlich verantwortlich zu sein bedeutet, dass Staatsangestellte für den Schaden haften, den sie dem Bund durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung ihrer Dienstpflichten unmittelbar zugefügt haben⁵⁶. Für Schäden, die Staatsangestellte in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit einem Dritten widerrechtlich zufügen, haftet ausschliesslich der Staat ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten⁵⁷. Dabei kann aber auf den schädigenden Staatsangestellten Rückgriff genommen werden, wenn der Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet wurde⁵⁸. Für die Haftung der Staatsangestellten aus Regress und für unmittelbare Schädigung des Staates gelten weitgehend die gleichen Voraussetzungen wie jene der Haftung des Staates gegenüber Dritten: Die Haftung setzt den Eintritt eines Schadens voraus. Zwischen dem Verhalten des Staatsangestellten und des verursachten Schadens muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die schädigende Handlung oder Unterlassung muss widerrechtlich und in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit erfolgt sein. Im Weiteren können Staatsangestellte nur belangt werden, wenn ihnen ein qualifiziertes Verschulden in Form von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist⁵⁹.

1.2.2.3 Disziplinarische Verantwortlichkeit

Verletzen Staatsangestellte absichtlich oder fahrlässig ihre arbeitsrechtlichen Pflichten, haben sie sich disziplinarisch zu verantworten (Art. 17 VG). Staatsangestellte müssen persönlich für die Folgen des eigenen rechtlichen Fehlverhaltens – hier die schuldhaft verübte Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten – einstehen. Dabei richtet sich die disziplinarische Verantwortlichkeit nach den für die dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstellten Personen geltenden besonderen Bestimmungen⁶⁰. Ziel der Disziplinar massnahme ist, nach einer Pflichtverletzung den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder sicherzustellen (Art. 25 BPG). Ob ein Diszipli-

⁵⁵ Z.B. das Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich, welches, im Gegensatz zum Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, ausschliesslich die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit regelt, ohne dabei auf die strafrechtliche und/oder die disziplinarische Verantwortlichkeit einzugehen.

⁵⁶ Art. 8 VG; § 14 HG. Gemeint sind beispielsweise Beschädigungen an Fahrzeugen, Mobiliar oder Einsatzmaterial.

⁵⁷ Art. 146 BV, Art. 3 VG, § 6 HG.

⁵⁸ Art. 7 VG, § 15 HG.

⁵⁹ HÄFELIN/HALLER, Rz. 1430; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1601 und Rz. 2237 ff.; JAAG, Staats- und Verwaltungsrecht, Rz. 3138 ff.; LIENHARD, S. 432 f.; vgl. dazu auch ausführlich JAAG, Beamtenhaftung, S. 81 ff.; SCHWARZENBACH, S. 22 ff.

⁶⁰ Für die dem Bundespersonalgesetz unterstellten Personen (Art. 2 BPG) gelten somit die disziplinarischen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes.

narverfahren eingeleitet wird und welche Massnahmen ausgesprochen werden, liegt im Ermessen der Disziplinarbehörde⁶¹. Das Bundespersonalgesetz hält auch nach der geplanten Revision am Disziplinarverfahren fest, wenn auch - im Vergleich zur heutigen gesetzlichen Regelung - in abgeänderter Form.

Auf kantonaler Ebene haben die in den letzten Jahren durchgeführten grundlegenden Reformen zur kontinuierlichen Verbesserung der Flexibilität des öffentlichen Dienstrechtes dazu geführt, das Disziplinarrecht tendenziell abzuschaffen. Als Folge davon variieren die kantonalen Anwendungsbereiche für das Disziplinarrecht erheblich: Während einige Kantone das Disziplinarrecht vollständig abgeschafft haben⁶², bleiben in anderen Kantonen diesbezügliche Restbestimmungen verankert⁶³. Im Kanton St. Gallen wiederum ist seit 1984 das Gesetz über die disziplinarische Verantwortlichkeit der Behördenmitglieder, Beamten und öffentlichen Angestellten⁶⁴ in Kraft. Im Kanton Zürich wurden die Disziplinarstrafen für Verwaltungsangestellte abgeschafft, weshalb gegen Mitarbeitende, gegen die der Vorwurf einer schwerwiegenden Verletzung von dienstlichen Pflichten erhoben wird, eine Administrativuntersuchung eingeleitet wird, obwohl Administrativuntersuchungen grundsätzlich nicht gegen bestimmte Personen geführt werden⁶⁵.

Disziplinarrechtliche Normen werden vorwiegend im Personalgesetz und der Personalverordnung verankert. Ebenfalls möglich ist, Bestimmungen in der kantonalen Spezialgesetzgebung verschiedener Verwaltungszweige oder dem kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz zu verankern. Auch möglich ist, Disziplinaruntersuchungen trotz fehlender kantonalen Bestimmungen in verwaltungsinternen Weisungen und Dienstbefehlen zu regeln⁶⁶.

Im folgenden Kapitel soll geprüft werden, ob die disziplinarische Verantwortlichkeit nach wie vor verfassungsrechtlich wenn nicht explizit, so doch implizit verankert ist.

⁶¹ Vgl. dazu auch HALLER, Kommentar aBV, N 56 ff. zu Art. 117.

⁶² So z.B. die Kantone Bern, Graubünden, Zug und Uri.

⁶³ So z.B. die Kantone Basel Land, Genf, Luzern, Nidwalden.

⁶⁴ Gesetz des Kantons St. Gallen vom 28. März 1984 über die disziplinarische Verantwortlichkeit der Behördenmitglieder, Beamten und öffentlichen Angestellten (Disziplinargesetz) (161.3).

⁶⁵ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

⁶⁶ Vgl. dazu das Gesetz vom 15. November 1990 über die Kantonspolizei Freiburg (551.1), Art. 25 f.; die Verordnung vom 10. Dezember 2002 zum Polizeigesetz Appenzell A.Rh. (Polizeiverordnung, PolV) (521.11), Art. 49 f.; das Dienstreglement vom 25. Mai 2004 der Kantonspolizei Thurgau (551.21), § 39.

2 Verfassungsrechtliche Grundlage disziplinarischer Verantwortlichkeit

Die disziplinarische Verantwortlichkeit von Staatsangestellten ist in der Bundesverfassung nicht explizit verankert. Auf die bis ins Jahre 2000 implizit abgedeckte disziplinarische Verantwortlichkeit durch Art. 117 aBV wurde anlässlich der Revision der Bundesverfassung verzichtet, mit dem Hinweis, eine genügende gesetzliche Verankerung der strafrechtlichen und disziplinarischen Verantwortlichkeit seien vorhanden⁶⁷. Somit war nicht beabsichtigt, die disziplinarische Verantwortlichkeit abzuschaffen; vielmehr wurde vorausgesetzt, diese sei analog der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gesetzlich verankert. Zu prüfen bleibt, ob aus der politischen Verantwortlichkeit eine Grundlage der disziplinarischen Verantwortlichkeit abgeleitet werden kann.

Der Bundesrat ist die oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes (Art. 174 BV). Er leitet die Bundesverwaltung und „sorgt für ihre zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben“ (Art. 178 BV). Dabei kommt dem Bundesrat als Kollegium die politische Verantwortung für die Wahrnehmung der Regierungsfunktionen zu (Art. 4 RVOG). Die politische Verantwortung für das Departement tragen die Departementsvorsteher und Departementsvorsteherinnen (Art. 37 RVOG).

Zur Leitung der Bundesverwaltung gehört deren Kontrolle; der Bundesrat übt die ständige und systematische Aufsicht über die Bundesverwaltung aus (Art. 8 RVOG). Der Bundesrat trägt die Verantwortung für die Leitung des Staates und die damit verbundenen Aufgaben sowie „den richtigen Gebrauch der Macht im Sinne erfolgreicher Entscheidungen.“⁶⁸ Mit der Übernahme der politischen Verantwortung geht die Verpflichtung einher, Handlungsmöglichkeiten zur Erfüllung der Aufgaben wahrzunehmen. Geschehen Fehler bei der Aufgabenerfüllung oder liegt eine Nichtausübung von Kompetenzen vor, muss Verantwortlichkeit im Sinne einer Haftung für die Verstösse übernommen werden⁶⁹. Um die politische Verantwortlichkeit wahrnehmen zu können, bedarf es umfassender Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen⁷⁰.

⁶⁷ Botschaft BV, BBl 1997 375. Einzig Art. 114^{bis} nahm in der Alt-Bundesverfassung ausdrücklich Bezug auf das Disziplinarrecht. Abs. 2 wies die Beurteilung von Disziplinarfällen der Bundesverwaltung dem Verwaltungsgericht oder einer besonderen Gerichtsbarkeit zu. Art. 114^{bis} kam allerdings keine eigenständige Funktion zu, sondern setzte Disziplinar massnahmen voraus.

⁶⁸ BRÜHL-MOSER, S. 646.

⁶⁹ BRÜHL-MOSER, S. 645 f. Mit Haftung ist nicht eine Verantwortlichkeit im Rechtssinne gemeint, sondern vielmehr die politische Rechtfertigungsbedürftigkeit für den Handlungsbereich, welcher der parlamentarischen Verantwortlichkeit unterliegt. Vgl. auch BIAGGINI, Kommentar BV, N 12 ff. zu Art. 178.

⁷⁰ Die Regelung der Aufsicht verhält sich im Kanton Zürich analog der bundesrechtlichen Regelung. Die einzelnen Vorschriften sind in Abb. 1 ‚Übersicht wichtigster rechtlicher Grundlagen der Verantwortlichkeiten‘ dargestellt.

2.1 Weitere Aufgaben und Befugnisse, Art. 187 Abs. 1 lit. a BV

Alle Träger von Verwaltungsaufgaben sind durch die Spitze der Exekutive zu beaufsichtigen. Die institutionelle Aufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung wird in Art. 187 Abs. 1 lit. a BV⁷¹ vorgesehen und auf Gesetzesstufe durch Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG⁷² konkretisiert.

Während sich Art. 178 BV Grundlegendem der Bundesverwaltung widmet, fügt Art. 187 BV entsprechend einer Auffangbestimmung verschiedene Aufgaben und Befugnisse des Bundesrates zusammen⁷³. Dabei werden nicht ‚Zuständigkeiten‘ im Sinne von Berechtigungen festgelegt, deren Wahrnehmung im Ermessen des Bundesrates liegt. Art. 187 BV definiert vielmehr Handlungsverpflichtungen. Diese sind aufgrund des hierarchischen Aufbaus der Verwaltung⁷⁴ teilweise delegierbar (so z.B. lit. a), damit sich der Bundesrat auf die obersten Verwaltungsglieder und auf bedeutende Situationen konzentrieren kann⁷⁵.

Gemäss Art. 187 BV beaufsichtigt der Bundesrat als Kollegialgremium sowohl die Bundesverwaltung als auch andere Träger von Aufgaben des Bundes. Zur Erfüllung seiner Aufgabe stehen dem Bundesrat weitreichende Weisungs-, Kontroll- und Selbsteintrittsrechte zur Verfügung. Die Aufsichtstätigkeit hat ständig und systematisch zu erfolgen; sie geht über eine bloss nachträgliche Kontrolle hinaus und umfasst den gesamten Bereich der Verwaltungsführung. Idealerweise wird die Aufsicht in den bundesrätlichen Entscheidungsprozess eingebettet, so dass sie gleichsam begleitend ‚mitläuft‘. Darüber hinaus müssen aber auch voraussahnend aktive Bereiche ausgeleuchtet werden, die nicht im üblichen Einzugsbereich des bundesrätlichen Entscheidungsprozesses liegen⁷⁶. Insofern kommt der Aufsicht eine bestimm-

⁷¹ Art. 187 Abs. 1 lit. a lautet wie folgt: „Der Bundesrat hat zudem folgende Aufgaben und Befugnisse: a. Er beaufsichtigt die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.“

⁷² Art. 8 Abs. 3 RVOG lautet wie folgt: „Er [der Bundesrat] übt die ständige und systematische Aufsicht über die Bundesverwaltung aus“. Vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrates vom 20. Oktober 1993 zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), BBl 1993 1066.

⁷³ Art. 187 BV führt den Ingress, die Ziffern 6, 12, 15 und 16 von Art. 102 aBV sowie Art. 103 Absätze 2 und 3 aBV nach. Bei der hier relevanten Bestimmung handelt es sich um Art. 102 Abs. 15 aBV: „Er [der Bundesrat] hat die Aufsicht über die Geschäftsführung aller Beamten und Angestellten der eidgenössischen Verwaltung.“ Siehe dazu Botschaft BV, BBl 1997 423; BIAGGINI, Kommentar BV, N 2 zu Art. 187.

⁷⁴ Die Verwaltungsorganisation ist stufenförmig aufgebaut. Dies bedeutet, dass jede Verwaltungsbehörde einer oder mehreren anderen untergeordnet ist und dass ihr selbst wiederum andere Behörden untergeordnet sein können. Dies führt dazu, dass zwischen den einzelnen Behörden ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis besteht. Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1227 ff.

⁷⁵ Botschaft BV, BBl 1997 423; BIAGGINI, Kommentar BV, N 3 zu Art. 187; EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 3 zu Art. 102. Nicht delegierbar ist die Wahrnehmung der eigentlichen Regierungsobliegenheiten, zu denen namentlich die Ausübung der obersten Leitung und Aufsicht gehört. BIAGGINI, Kommentar BV, N 12 zu Art. 178.

⁷⁶ Botschaft BV, BBl 1997 421 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, N 12 zu Art. 187; EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 199 ff. zu Art. 102; SÄGESESSER, Kommentar RVOG, N 40 zu Art. 8, LIENHARD, S. 190.

mende und lenkende Rolle zu, weshalb sie ein wesentlicher Bestandteil der Regierungsfunktion und notwendiges Element im Führungsprozess ist⁷⁷.

Auswirkung einer solch umfassenden Aufsichtstätigkeit soll aber nicht sein, dass jede Amtsstelle und jeder Staatsangestellte ständig den Argusaugen des Bundesrates ausgesetzt ist; eine ständig flächendeckend präsente Beaufsichtigung sicherzustellen, kann und darf nicht Ziel sein. Wichtig ist vielmehr, dass die Aufsicht jederzeit aktiviert und den Bedürfnissen angepasst werden kann. Anstösse dazu können auch aus der Verwaltung selbst kommen, unter anderem indem eine Aufsichts- und/oder Verwaltungsbeschwerde eingereicht wird⁷⁸.

Im Folgenden soll näher darauf eingegangen werden, was unter der verfassungsrechtlich verankerten Aufsichtspflicht zu verstehen ist und welche Funktion ihr in der Verwaltung zukommt.

2.1.1 Gegenstand und Begriff der Aufsicht

Bei der politischen Verantwortlichkeit geht es letztlich um den richtigen Gebrauch der Macht. Um diesen zu gewährleisten müssen Prüfungsmechanismen bereitgestellt werden, die staatliches Handeln mit staatsrechtlichen Massstäben vergleichen. Werden Abweichungen festgestellt, müssen Verhaltensfehler berichtigt und Massnahmen zur Vermeidung zukünftiger Verhaltensmängel getroffen werden⁷⁹. Verschiedene Ursachen können zu unterschiedlichen Abweichungen staatlicher Auftragserfüllung führen; so kann beispielsweise individuelles Fehlverhalten von Staatsangestellten weitreichende negative Konsequenzen auf die Staatsführung haben.

Die Staatsleitung hat sich dort politisch für individuelles Fehlverhalten von Staatsangestellten zu verantworten, wo die Zurechenbarkeit von Vorkommnissen und Mängel auf das eigene Handeln der Mitglieder der Staatsleitung, auf deren Billigung oder auf mangelnde Leitung und Aufsicht durch die Bundesratsmitglieder möglich ist⁸⁰. Als notwendiges Gegenstück zur politischen Verantwortung muss deshalb die Staatsleitung gegenüber der Verwaltung mit Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen, die mit entsprechenden Entscheidungs- und Weisungsrechten einhergehen, ausgestattet werden. Dies führt zu einer Wechselbeziehung zwischen der politischen Verantwortlichkeit der Staatsleitung und der individuellen Verantwortung von

⁷⁷ Vgl. dazu LIENHARD, S. 190; SÄGESSER, Kommentar RVOG, N 35 ff. zu Art. 8; vgl. auch Bericht PUK, BBl 1996 V 384.

⁷⁸ BIAGGINI, Kommentar BV, N 9 zu Art. 187; EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 201 zu Art. 102.

⁷⁹ Vgl. BRÜHL-MOSER, S. 647 f.; MAYHALL, S. 7 f.

⁸⁰ BRÜHL-MOSER, S. 646; vgl. ferner BIAGGINI, Kommentar BV, N 15 ff. zu Art. 178; Botschaft RVOG, BBl 1993 III 1084.

Staatsangestellten: „Auf die Behörden gemünzt, erscheint individuelle Verantwortlichkeit als Prinzip zur Rückkoppelung der Auswirkungen einer Amtshandlung auf die Person des Amtsträgers.“⁸¹

Der Begriff der ‚Aufsicht‘ wird sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch in den Fachdisziplinen des Rechts und der Managementlehre mehrdeutig und häufig synonym zum Ausdruck der ‚Kontrolle‘ verwendet⁸². Grundsätzlich handelt es sich bei der Aufsicht bzw. der Kontrolle um eine vergleichende Tätigkeit der Überwachung, die wahrgenommen wird, „wenn eine Person (beauftragt oder nicht) ihr wachsames Auge oder ihr besonderes Augenmerk auf jemanden oder etwas richtet, damit Fehlentwicklungen oder ein Fehlverhalten ausbleiben. Verändert sich ein Zustand oder entwickeln sich Vorgänge (Ereignisse und Handlungen) anders als erwartet, wird eingeschritten, um Schaden zu vermeiden.“⁸³ Vorausgesetzt wird, dass sowohl eine Vorstellung des Idealzustandes besteht, als auch Massnahmen zur Verfügung stehen, die bei Abweichung zum Sollzustand zurückführen⁸⁴.

Verwaltungsrechtlich wird unter ‚Aufsicht‘ ein Überprüfen und Überwachen als Bestandteil der Führungsaufgabe verstanden⁸⁵. Die Aufsicht ist „ein Mittel zur Aktualisierung der Verantwortlichkeit und zur Gewaltenhemmung“, weshalb sie „als Gesamtheit der Massnahmen in einem anderen, in der Regel nachgeordneten Zuständigkeitsbereich verstanden werden kann.“⁸⁶ Aufsicht bedeutet auch „die Befugnis einer übergeordneten Stelle, Handlungen nachgeordneter Stellen zu veranlassen, zu kontrollieren, zu beanstanden und möglicherweise auch zu korrigieren.“⁸⁷ Die Kontrolle als Instrument der Aufsicht dient „der vertieften Abklärung von besonderen Fragestellungen, die sich aus aktuellen Ereignissen oder festgestellten Missständen ergeben“ (Art. 25 Abs. 1 al. a RVOV). Der Aufsichtskompetenz ebenfalls zugehörig ist die angepasste Ermahnung, Belehrung oder Korrektur des durch die Kontrolle festgestellten Mangels⁸⁸.

Die Aufsichtstätigkeit kann prospektiver, begleitender oder retrospektiver Natur sein. Der Regierung bzw. der Verwaltung stehen zahlreiche Instrumente zur Umsetzung der Massnahmen zur Verfügung. Diese reichen von der Gesetzgebung und Gesamtplanung bis hin zu Instrumenten der wirkungsorientierten Verwaltungsführung (z.B. Leistungsaufträge und Leis-

⁸¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 403.

⁸² KOLLER, S. 35.

⁸³ KOLLER, S. 36.

⁸⁴ KOLLER, S. 36.

⁸⁵ SÄGESSER, Kommentar RVOG, N 35 zu Art. 8.

⁸⁶ LIENHARD, S. 184.

⁸⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 38.

⁸⁸ GYGI, S. 74.

tungsvereinbarungen), sowie Berichterstattungen, Inspektionen, Befragungen, Gespräche und Evaluationen⁸⁹.

2.1.2 Funktion der Aufsicht

Aus der Begriffsbestimmung lässt sich ableiten, dass die Aufsicht der Regierung über die Verwaltung ein Mittel der Verwaltungsführung ist, das vorab der Sicherstellung der rechtmässigen, zweckmässigen und leistungsfähigen Aufgabenerfüllung der Verwaltungsorgane dient⁹⁰. Als Führungsaufgabe können Aufsicht und Kontrolle als Teile des Entscheidungs- und Problemlösungsprozesses gesehen werden⁹¹.

Der Verwaltung kommt im Rahmen von Verfassung und Gesetz ein Gestaltungsspielraum auf den Gebieten der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung, insbesondere beim Gesetzesvollzug, der Finanzhoheit und der Organisationsgewalt (z.B. in der Personalpolitik) zu, welcher ihr erlaubt, zu bestimmen, welche Aufgabe sie wann und auf welche Art und Weise erfüllen will. Die Verwaltungsaufsicht und -kontrolle ist unabdingbar, um zu gewährleisten, dass diese Freiheit nicht missbraucht wird, indem ‚richtiges‘ Verhalten durch überwachen und nötigenfalls korrigieren sichergestellt wird. Nur ‚richtiges‘ Verwaltungshandeln kann Macht hemmen und eine rechtmässige Verwaltung garantieren, eine zweckmässige Organisation der Verwaltungsstrukturen, der Abläufe und des Personaleinsatzes sicherstellen und ein rationelles Verwalten zusichern⁹².

2.1.3 Dienst- und Organisationsaufsicht

Die Aufsichtstätigkeit lässt sich in eine Dienst- und eine Organisationsaufsicht gliedern, wobei die verfassungsrechtliche Bestimmung (Art. 187 BV) sowohl Organ- als auch Dienstaufsicht einschliesst⁹³. Die Merkmale der Zugehörigkeit zur einen oder anderen Kategorie weichen in der Lehre allerdings voneinander ab:

BIAGGINI erläutert, dass die Aufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung nicht nur Organ-, sondern auch Dienstaufsicht sei und verweist auf die disziplinarische Verantwortlichkeit von Staatsangestellten⁹⁴.

⁸⁹ Vgl. MAYHALL, S. 93; LIENHARD, S. 191; eingehend zum Thema Aufsichtsmittel siehe LIENHARD, S. 355 ff.

⁹⁰ KOLLER, S. 47; MASTRONARDI, Bundesverwaltung, Rz. 51; MAYHALL, S. 94.

⁹¹ KOLLER, S. 36.

⁹² RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 68 f.

⁹³ BIAGGINI, Kommentar BV, Hrsg., N 13 zu Art. 187; EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 194 f. zu Art. 102.

⁹⁴ BIAGGINI, Kommentar BV, Hrsg., N 13 zu Art. 187.

EICHENBERGER legt dar, dass zu den Kontrollinstrumenten des Bundesrates die sogenannte Dienstaufsicht gehöre, „die nach der vorwiegend verwaltungsrechtlichen Begrifflichkeit darin bestehe, dass die vorgesetzte Behörde unterstellte Organ- oder Amtswalter daraufhin beaufsichtige, ob sie ihre Pflichten erfüllen würden; insofern liege eine beamtenrechtliche Beaufsichtigung vor, für die das ausgebaute Beamtenrecht die Mittel und Rechtsfolgen weitgehend bestimme.“⁹⁵ Für EICHENBERGER ist deutlich, dass „die objektive auf das Organ und die subjektive auf den Organwalter gerichtete“ Aufsicht „oft nebeneinander herlaufen oder ineinander übergehen und erst wieder bei der Ergreifung schwerwiegender beamtenrechtlicher Sanktionen gegen einen einzelnen Organwalter unterscheidbar werden.“⁹⁶

Für LIENHARD teilt sich die Beaufsichtigung der Verwaltung in eine Fach- und eine Dienstaufsicht. Prinzipiell würden diese nach den Kriterien der Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit, Leistungsfähigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit vollzogen, wobei weitere Elemente hinzugefügt werden könnten⁹⁷. Gemäss LIENHARD werde auch personalpolitischen Fragen oder organisatorischen Abläufen besondere Bedeutung beigemessen, weshalb es zweckmässig sein könnte, eine spezifische Dienststelle – z.B. eine Personalaufsicht – zu schaffen⁹⁸.

Für TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER bezieht sich die Organisationsaufsicht allein auf dezentrale Verwaltungsträger und ist im Umfang beschränkt. Die Dienstaufsicht entfalte sich grundsätzlich innerhalb des einzelnen Verwaltungsträgers und richte sich an die hierarchisch untergeordnete Verwaltungseinheit oder den hierarchisch untergeordneten Verwaltungsfunktionär; „im Falle der Zentralverwaltung also beispielsweise das Bundesamt, die Abteilung, die Sektion oder der Amtsdirektor, der Abteilungschef, der Angestellte.“⁹⁹ Die Dienstaufsicht erstrecke sich über den gesamten Aufgabenbereich der beaufsichtigten Einheit oder Person. Sie schliesse die Befugnis ein, in die Erledigung konkreter Einzelgeschäfte einzugreifen und Dienstbefehle im Sinne von Anweisungen in bestimmten Verwaltungsangelegenheiten zu erlassen. Unter Hinweis auf die Treuepflicht Art. 20 BPG¹⁰⁰ legen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER dar, dass die von den Dienstbefehlen angesprochenen Einheiten und Personen verpflichtet seien, die Anweisungen sorgfältig und vernünftig zu vollziehen¹⁰¹.

⁹⁵ EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 194 zu Art. 102.

⁹⁶ EICHENBERGER, Kommentar aBV, N 195 zu Art. 102.

⁹⁷ Die Grundsätze sind in Art. 3 und Art. 5 RVOG verankert.

⁹⁸ LIENHARD, S. 191 und S. 376.

⁹⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 39.

¹⁰⁰ Gemäss Art. 20 BPG haben die Angestellten die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen und die berechtigten Interessen des Bundes beziehungsweise ihres Arbeitgebers zu wahren.

¹⁰¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 39; vgl. dazu auch GYGI, S. 73 f.

Auch für KOLLER bedingt die Dienstaufsicht eine hierarchische Organisation des Verwaltungsträgers. Die Dienstaufsicht soll gewährleisten, dass auf allen Ebenen der Verwaltung Gesetze und Verordnungen, Dienstbefehle und Weisungen eingehalten würden, um die Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Würden dabei Pflichtverletzungen festgestellt, würden diese eine entsprechende strafrechtliche, disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit auslösen, die im öffentlichen Dienstrecht begründet und normiert seien. Adressat der Dienstaufsicht sei die hierarchisch untergeordnete Verwaltungseinheit (ein Organ) bzw. der Bedienstete als Organwalter (z.B. das Amt, die Abteilung, die Sektion, der Mitarbeiter)¹⁰².

2.2 Erkenntnisse

Die innere Ordnung der Verwaltung wird von der Institution selbst konstituiert, indem Verhaltensweisen und Pflichten definiert werden, die in internen Verordnungen, Weisungen und Dienstvorschriften festgehalten werden. Die Arbeitspflichten sind dabei nicht Selbstzweck; sie dürfen nur soweit gehen, als dass sie zur Sicherstellung der staatlichen Auftragserfüllung notwendig sind. Damit die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen und die Wirksamkeit der Aufgabenwahrnehmung gewährleistet werden können, müssen Staatsangestellte nicht nur die Gesetze, sondern auch die internen Verordnungen, Weisungen und Dienstvorschriften¹⁰³ befolgen. Verhält sich das Individuum nicht vorschrifts- und/oder pflichtkonform, also nicht diszipliniert, werden arbeitsrechtliche Pflichten verletzt und die innere Ordnung und Stabilität der Institution ist gefährdet. Die Staatsangestellten sind deshalb gesetzlich verpflichtet, für ihr rechtliches Fehlverhalten (die schuldhaft Verletzung von Arbeitspflichten) die Verantwortung zu übernehmen und für die Folgen einzustehen.

Die Leistungsfähigkeit, Effizienz und Glaubwürdigkeit der Verwaltung kann bereits durch Arbeitspflichtverletzungen von Staatsangestellten in Frage gestellt werden. Deshalb hat sich die Regierung im Rahmen der Gesetzmässigkeitskontrolle¹⁰⁴ ebenfalls darüber zu vergewissern, dass Staatsangestellte die anzuwendenden Vorschriften, die nicht einer richterlichen Kontrol-

¹⁰² KOLLER, S. 40.

¹⁰³ Richtlinien, Weisungen, Reglemente, Konzepte etc. können zusammengefasst als Verwaltungsordnungen bezeichnet werden. Sie sind generelle Anweisungen einer vorgesetzten Behörde an ihr unterstellte Behörden. Sie können die interne Organisation oder den Vollzug (mit Aussenwirkung) betreffen. UHLMANN/BINDER, S. 152; vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 123 ff.

¹⁰⁴ Gemäss dem Bericht PUK dient die Gesetzmässigkeitskontrolle in erster Linie der Aufrechterhaltung des Staatsprinzips des Vorrangs des Gesetzes. Dabei beschränkt sich die Gesetzmässigkeitskontrolle nicht darauf, festzustellen, ob die Verwaltung das Gesetz eingehalten hat. Vielmehr erstreckt sie sich auf die Frage, ob die Verwaltung die ihr durch den Gesetzgeber aufgetragenen Aufgaben getreulich erfüllt hat, ob die angestrebten Ziele erreicht und ob die zur Verfügung gestellten Mittel vernünftig eingesetzt worden sind. Bericht PUK, BBl 1996 V 386.

le unterstehen, einhalten¹⁰⁵. Wie aufgezeigt, ist auch die herrschende Lehre gestützt auf die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen über die Aufsicht der Meinung, dass in einer hierarchisch gegliederten Institution wie der Verwaltung, die übergeordnete Verwaltungseinheit die untergeordnete Einheit, sei es das Amt, die Abteilung, die Sektion oder den Mitarbeitenden, zu beaufsichtigen und zu kontrollieren hat, um die rechtmässige und pflichtbewusste staatliche Auftragserfüllung sicherzustellen. Visuell lässt sich dies wie folgt darstellen:

Übersicht	<i>Rechtliche Grundlagen der Verantwortlichkeit</i>	
	<i>Bund</i>	<i>Kanton Zürich</i>
	Art. 178 Abs. 1 BV Art. 4 RVOG	Art. 60 Abs. 1 KV
	Art. 187 Abs. 1 al. a Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG	Art. 70 Abs. 3 KV § 8 Abs. 1 OG RR
	Art. 182 BV Art. 38 RVOG; Art. 47 Abs. 5 RVOG;	Art. 67 KV § 5 OG RR
	Art. 187 Abs. 1 al. a Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG Art. 25 Abs. 1 al. a RVOV	Art. 70 Abs. 3 KV § 8 Abs. 1 OG RR § 16 VOG RR
	Strafgesetzbuch (StGB) Sonderdelikte StGB Nebenstrafgesetzgebung (SVG, BetmG, etc.)	
	Art. 13 ff. VG	Art. 7 Abs. 2 StPO § 148 GOG
	Art. 17 und 18 VG Art. 25 und Art. 26 BPG Art. 98 ff. BPV	§ 30 PG
	Art. 7 und Art. 8 VG	§ 14 und § 15 Haftungsgesetz
	Art. 146 BV Verantwortlichkeits- gesetz	Art. 46 KV Haftungsgesetz

Abb. 1 Übersicht wichtigster rechtlicher Grundlagen der Verantwortlichkeit

¹⁰⁵ Bericht PUK, BBl 1996 V 385 f.

Während einerseits eine Aufsichtspflicht verfassungsrechtlich und andererseits das Einstehenmüssen für rechtliches Fehlverhalten gesetzlich geregelt sind, ist weder verfassungsrechtlich noch gesetzlich verankert, wie dieses Instrument, welches die innere Ordnung sicherzustellen vermag, auszusehen hat oder zu benennen ist. Dass die Umsetzung der disziplinarischen Verantwortlichkeit durch das Disziplinarrecht zu erfolgen hat, ist nicht vorgeschrieben. Fest steht, dass es ein Instrument braucht, welches die Einhaltung der Arbeitspflichten sicherstellt und gewährleistet, dass auf Pflichtverletzungen adäquat reagiert und die institutionelle Ordnung wieder hergestellt wird.

Dass die gesetzlichen Bestimmungen, welche die strafrechtliche und die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit regeln, aufgrund deren Gegenstand, Geltungsbereich, Verfahren und Sanktionen nur bedingt dazu geeignet sind, die innere Ordnung der Verwaltung zu wahren und verhältnismässig auf Arbeitspflichtverletzungen zu reagieren, ist evident. Ein Verstoß gegen eine interne Weisung beispielsweise hätte ohne Disziplinarrecht keine rechtlichen Konsequenzen, wenn das Fehlverhalten weder die strafrechtliche noch die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit berührt¹⁰⁶. So verweist auch die Lehre im Zusammenhang mit der Dienstaufsicht immer wieder auf die disziplinarische Verantwortlichkeit, entsprechende personalrechtliche Bestimmungen im öffentlichen Dienst und die Treuepflicht.

Bevor das bestehende Disziplinarwesen als rechtliches Institut näher untersucht wird, soll der Begriff ‚Disziplin, welcher der disziplinarischen Verantwortlichkeit und dem Disziplinarrecht inhärent ist, geklärt werden: Einerseits wird umschrieben, welche Bedeutung der ‚Disziplin‘ begrifflich zukommt und andererseits wird anhand der Arbeiten von MAX WEBER und MICHEL FOUCAULT ein Einblick in die historische Funktion und Zweckrationalität der ‚Disziplin‘ in Institutionen gewährt.

¹⁰⁶ Vgl. dazu RICHLI, S. 110.

3 Zur Bedeutung der ‚Disziplin‘

3.1 Begriffsverständnis

Zum Thema Disziplinargewalt über Bundesbeamte schreibt LETSCH im Jahre 1933:

„Zucht und Ordnung sind Zustände, die unter zwei oder mehreren Menschen in der Weise hergestellt werden, damit sich der eine dem andern unterordne. Der Übergeordnete, der gewöhnlich auch Vorgesetzter ist, wird innerhalb der Hierarchie der Bundesverwaltung mit rechtlich höherer, überlegenerer, stärkerer Willenskraft ausgestattet. Es lässt sich daher der Begriff Disziplin umschreiben als ein Zustand der Unterordnung von Menschen mit rechtlich schwächeren oder mindestens unentwickelteren Willenskräften. Es geht daher der Wille des Vorgesetzten dem Willen des Untergebenen stets vor.“¹⁰⁷

Dem Wortstamm des Disziplinarrechts ist der lateinische Begriff *disciplina* zu entnehmen, was Unterricht, Schule, Wissenschaft bedeutet. Im Spätlatein kommen die Bedeutungen Ordnung und Zucht hinzu. Im modernen Sprachgebrauch wird unter ‚Disziplin‘ einerseits Schulung, Erziehung, Zucht, Ordnung, Einordnung und Unterordnung verstanden. Andererseits bezeichnet der Begriff Wissenschaftszweige wie Recht, Soziologie etc., aber auch Teilbereiche des Sports wie Schwimmen, Triathlon etc.¹⁰⁸. Im Rahmen vorliegender Arbeit massgebend ist der erste Sinngehalt des modernen Sprachgebrauchs, welcher wie folgt näher umschrieben werden kann:

- Als ‚Disziplin‘ gilt ein vom Willen gesteuertes Verhalten entsprechend den Regeln und Werten, die für ein menschliches Zusammenleben konstitutiv sind; bestimmte Vorschriften und vorgeschriebene Verhaltensregeln werden eingehalten und das Individuum fügt sich in die Ordnung einer Gruppe bzw. einer Gemeinschaft ein. Geleistet wird blinder Gehorsam und eigene Entscheidungen werden nicht getroffen und unterdrückt. Dadurch, dass sich das Individuum einer vorgegebenen, heteronomen Ordnung unterwirft, sind durch die ‚Disziplin‘ dem individuellen Willen und Selbstsein soziale Grenzen gesetzt¹⁰⁹.
- Mit ‚Disziplin‘ ist nicht nur das folgsame äusserliche Verhalten gemeint, sondern auch die innere Einstellung von Individuen in Organisationen und Institutionen, die auf dem Prin-

¹⁰⁷ LETSCH, S. 24.

¹⁰⁸ GEORGES KARL ERNST, Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch, Erster Band, Darmstadt 1995, S. 2194 ff.; KLUGE FRIEDRICH, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl., Berlin/New York 2002, S. 206; WAHRIG-BURFEIND RENATE, Hrsg., Deutsches Wörterbuch, München 2006, S. 378; Duden, 5. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2003, S. 38.

¹⁰⁹ FUCHS-HEINRITZ WERNER/LAUTMANN RÜDIGER/RAMMSTEDT OTTHEIN/WIENOLD HANNS, Lexikon zur Soziologie, 3. Aufl., Opladen 1994, S. 149; SCHIEFELE HANS/KRAPP ANDREAS, Handlexikon zur Pädagogischen Psychologie, München 1981, S. 91 f.; Lexikon der Psychologie, Erster Band, A – Gyrus, Freiburg/Basel/Wien 1980, S. 386.

zip von Befehl und Gehorsam beruhen. Eine freiwillige Zustimmung und Verinnerlichung sowohl der Regeln als auch der Unterordnung sind dabei Ausgangspunkt; das Individuum bringt die von aussen erzwungene Ordnung dauerhaft und für sich selbst zur Geltung¹¹⁰.

- Weiter bedeutet ‚Disziplin‘ das Beherrschen des eigenen Verhaltens, des eigenen Willens, der eigenen Gefühle und Neigungen, mit dem Ziel, etwas zu erreichen. In diesem Zusammenhang bedeutet ‚Disziplin‘ nicht mehr allein das Werk äusserer Mächte, sondern ist ein Werk meiner selbst. Eigene Bedürfnisse oder beabsichtigte Handlungen werden zurückgestellt, zugunsten der Einhaltung von eigens aufgestellten Richtlinien sowie einem Verhalten, das den logischen Konsequenzen dieser Richtlinien Rechnung trägt¹¹¹.

Die Vielschichtigkeit und Komplexität der ‚Disziplin‘ ist einer anschaulichen Begriffserfassung hinderlich. ‚Disziplin‘ wird selten als eigenständiger Fachbegriff erfasst und definiert. Vielmehr wird die ‚Disziplin‘ vorwiegend fächerübergreifend auf psychologischen, soziologischen und pädagogischen Problemebenen wie beispielsweise der Internalisierung gesellschaftlicher Werte, der Motivation, der Selbstkontrolle und der Erziehung diskutiert¹¹². Ferner zeichnen sich die Verständnisweisen durch eine vielschichtige Vernetzung aus: Als ‚Disziplin‘ gilt blinder Gehorsam bei gleichzeitiger Unterdrückung jeglicher Individualität. Allerdings kann die äussere, erzwungene Ordnung aus Überzeugung verinnerlicht und Bestandteil eigener Identität werden. Die Selbstdisziplin wiederum folgt einer inhärenten Werteordnung sowie eigens aufgestellten Richtlinien, wobei die Konstitution dieser inneren Ordnung zumindest teilweise Konsequenz eines äusseren Machtregimes sein wird.

Um den Begriff ‚Disziplin‘ soweit zu erfassen, wie es zum Verständnis des Disziplinarrechts notwendig ist, bedarf es einer Begriffsannäherung, welche die historische Funktion und Zweckrationalität der Disziplin in Institutionen berücksichtigt. Grundlage dazu bildet der Sozialisierungsprozess.

¹¹⁰ KLUGE FRIEDRICH, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl., Berlin/New York 2002, S. 206; SCHIEFELE HANS/KRAPP ANDREAS, Handlexikon zur Pädagogischen Psychologie, München 1981, S. 91 f.

¹¹¹ FUCHS-HEINRITZ WERNER/LAUTMANN RÜDIGER/RAMMSTEDT OTTHEIN/WIENOLD HANNS, Lexikon zur Soziologie, 3. Aufl., Opladen 1994, S. 149; KLUGE FRIEDRICH, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl., Berlin/New York 2002, S. 206; Lexikon der Psychologie, Erster Band, A – Gyrus, Freiburg/Basel/Wien 1980, S. 386.

¹¹² GRUBITZSCH SIEGFRIED/REXILIUS GÜNTER, Psychologische Grundbegriffe, Hamburg 1987, S. 223 f.

3.2 Historische Funktion und Zweckrationalität der Disziplin

3.2.1 Sozialisation als Grundlage

Sozialisation ist „der Prozess der Entstehung und Entwicklung der Persönlichkeit in wechselseitiger Abhängigkeit von der gesellschaftlich vermittelten sozialen und materiellen Umwelt.“¹¹³ Sozialisierung ist als ein Vorgang zu verstehen, durch den sich das Individuum an seine Mitmenschen anpasst, indem es die Verhaltensmuster der Gesellschaft annimmt und internalisiert. Die Verinnerlichung der sozialen Erfahrung prägt die Motivation, die Bedürfnisse und Erwartungen des Individuums und macht es gesellschaftsfähig¹¹⁴.

Im Sozialisationsprozess steht der Einzelne nie der Gesellschaft in seiner Totalität und Komplexität gegenüber, sondern bewegt sich vielmehr in konkreten sozialen Umwelten, die wiederum in grössere Zusammenhänge eingebunden sind. Um diese Interdependenzen zu verstehen, gliedert TILLMANN das Sozialisationsfeld in vier Ebenen: Auf der ersten Ebene (Subjekt) geht es darum, Persönlichkeitsmerkmale zu bilden; es geht um Erfahrungsmuster, Einstellungen, Wissen und emotionale Strukturen. Der Erwerb dieser Fähigkeiten vollzieht sich im gesellschaftlichen Austausch, weshalb die zweite Ebene (Interaktionen und Tätigkeiten) die Eltern-Kind Beziehungen, den schulischen Unterricht, die Kommunikation zwischen Gleichaltrigen, Freunden etc. einschliesst. Diese Interaktionen wiederum sind oft in Institutionen (dritte Ebene) eingebunden. Diese wiederum sind Teil eines gesamtgesellschaftlichen Systems (vierte Ebene), in deren Zusammenhang sich Veränderungen institutioneller Strukturen und Bedeutungen vollziehen¹¹⁵.

3.2.2 Disziplinierung als Sozialisationsprozess

Wenn diszipliniert wird, wird vom Individuum ein vom Willen gesteuertes Verhalten verlangt, das sich auf äussere Regeln und Werte stützt, wobei kein Raum für eigene individuelle Entscheidungen bleibt. Die Disziplinierung soll zu einer inneren Einstellung führen, die auf dem Prinzip von Befehl und Gehorsam beruht, wobei den Regeln und Vorschriften freiwillig zugestimmt und die Unterordnung verinnerlicht wird¹¹⁶. Folglich handelt es sich bei der Disziplinierung um einen Sozialisationsprozess, der mittels Befehl, Gehorsam, Autorität und Recht zu einer bestimmten Verhaltensweise führt; das Denken und Handeln einer Persönlichkeit wird

¹¹³ TILLMANN, S. 14.

¹¹⁴ REHBINDER, Rz. 32.

¹¹⁵ TILLMANN, S. 23 f. Die Visualisierung dieses Prozesses ist in Abb. 2 Sozialisationsprozess S. 32 dargestellt.

¹¹⁶ Siehe dazu Kap. 1 Ziff. 3.

geprägt, indem Werte, Normen und Symbole in sozialen Gruppen gelernt, getestet und verinnerlicht werden¹¹⁷.

Die Disziplinierung ist aus zwei Perspektiven zu betrachten: Einerseits ist von der Institution im gesamtgesellschaftlichen Rahmen auszugehen. Von Interesse sind sowohl die Aufgaben und Funktionen der Institution als auch die Verhaltensanforderungen und Rollenerwartungen, die an die Mitglieder der Institution gestellt werden. Andererseits ist vom Individuum auszugehen. Von Interesse sind die Aneignungsformen, die gegenüber den Anforderungen entwickelt werden und wie sich diese auf die Persönlichkeitsstruktur auswirken¹¹⁸.

Dem Recht als sozialem Ordnungsgefüge kommt bei der Disziplinierung im Sozialisationsprozess eine zentrale Funktion zu¹¹⁹. Indem das Recht gesellschaftliches Handeln regelt, entsteht eine Interdependenz mit dem Sozialleben¹²⁰. Dieser Prozess läuft gleichermassen in Institutionen ab: Die Rechtsordnung im Allgemeinen und die Verfassung im Besonderen formen die Verwaltung und deren Tätigkeit. Sie legen die Rahmenbedingungen verbindlich fest. Universelle Werte und das öffentliche Interesse stellen weitere Forderungen an die Verwaltungstätigkeit und deren Aufgabenerfüllung, die wiederum die institutionellen Werte, die Verhaltensanforderungen und die Rollenerwartungen an die Staatsangestellten prägen. Daraus resultieren institutionelle Vorschriften und Verhaltensregeln wie beispielsweise das Disziplinarrecht, welche auf die Persönlichkeitsstruktur der Individuen einwirken und eine Integration in die Institution ermöglichen. Das daraus resultierende Verhalten der Staatsangestellten als Individuum und Mitglied einer Subkultur wirkt sich wiederum auf die Institution, die Einflussfaktoren sowie die gesetzlichen Vorschriften aus.

Der funktionelle Zusammenhang zwischen Recht und Gesellschaft, bzw. den Angehörigen einer Institution, lässt sich nur teilweise erfassen, wenn sich eine Untersuchung ausschliesslich auf die wissenschaftliche Betrachtung der Rechtstexte (Gesetze, Gerichtsurteile, Verwaltungsentscheide etc.) und die Ermittlung nach deren Sinn mit den Methoden der Logik, der Auslegung und der Interpretation beschränkt. Um die wechselseitige Abhängigkeit zwischen Gesellschaft bzw. einer Institution und Recht zu verstehen, bedarf es umfassender Informationen über „die rechtlichen Verhaltensmuster als Ausdruck und Produkt des sozialen Lebens

¹¹⁷ TILLMANN, S. 137.

¹¹⁸ TILLMANN, S. 137.

¹¹⁹ Die Gesellschaft wird durch Verhaltensmuster geordnet, deren Gesamtheit man das soziale Ordnungsgefüge nennt. Dabei setzt sich jedes soziale Ordnungsgefüge aus unterschiedlichen sozialen Normen zusammen, wie z.B. aus Brauch, Sitte, Sittlichkeit und Recht. REHBINDER, Rz. 43.

¹²⁰ Vgl. dazu RAISER, S. 10 ff.; REHBINDER, Rz. 3 ff.

mit seinen natürlichen Bedürfnissen und Existenzbedingungen, ihre Funktionsweise und ihre Rückwirkungen auf das soziale Leben.“¹²¹

Beispiele möglicher institutioneller und sozialer Entwicklungen als Folge rechtlicher Verhaltensmuster einer disziplinarischen Ordnung liefern die Werke von MAX WEBER und MICHEL FOUCAULT. Die Wissenschaftler haben den Sozialisationsprozess der Entstehung und Entwicklung der Persönlichkeit zur einheitlichen ‚Masse‘ durch Disziplinierung im institutionellen Kontext untersucht. Ihre Analysen präsentieren Einsichten über die Aufgaben sowie die Zweckmässigkeit der Disziplin in Institutionen. Dieser Prozess wird, gestützt auf die Lehre von TILLMANN¹²², im folgenden Schaubild visualisiert. Veranschaulicht wird der Einfluss der Institution auf das Individuum, welches sich wiederum in wechselseitiger Beeinflussung mit der institutionellen Gruppe weiterentwickelt bzw. anpasst.

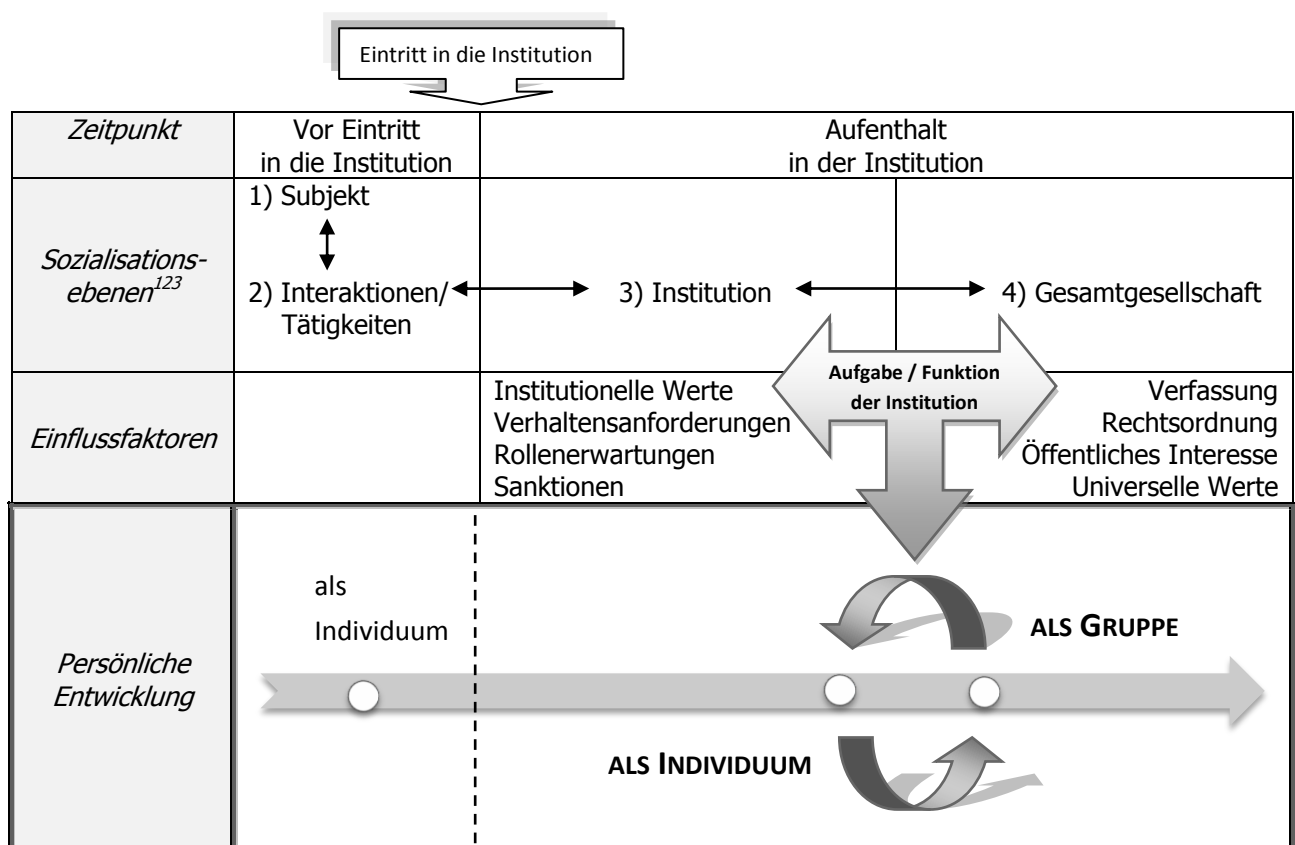


Abb. 2 Sozialisationsprozess – Darstellung der vier Ebenen von TILLMANN

¹²¹ RAISER, S. 6.

¹²² Für vorliegende Arbeit von Interesse sind die Ebenen drei (Institution) und vier (Gesamtgesellschaft), weshalb ihnen visuell mehr Raum als den Ebenen eins (Subjekt) und zwei (Interaktionen/Tätigkeiten) zugewiesen wurde.

¹²³ TILLMANN, S. 23.

3.2.3 MAX WEBER – Disziplin zwecks Rentabilitätssteigerung

MAX WEBER hat mit seinen Schriften über den Staat, die Bürokratie und die verschiedenen Herrschaftsformen den Begriff der ‚Disziplin‘ nachhaltig geprägt; einerseits äussert er sich konkret zur Bedeutung und der Entwicklung der ‚Disziplin‘. Andererseits beschreibt er die Fähigkeiten, die ein Beamter besitzen muss, damit das einwandfreie Funktionieren des Staates gewährleistet ist. In seiner Arbeit erhebt WEBER die ‚Disziplin‘ zur Schlüsselkategorie der modernen Gesellschaft und schreibt den Erfolg der technischen Überlegenheit moderner Bürokratie unter anderem der strengen und einheitlichen Amtsdisziplin zu, die die Präzision und Kalkulierbarkeit des administrativen Apparats garantiert¹²⁴.

In seinem Aufsatz ‚Politik als Beruf‘ definiert MAX WEBER den Staat, beschreibt verschiedene Herrschaftsformen und charakterisiert den Politiker indem er ihn vom Beamten abgrenzt. Im Gegensatz zum Politiker soll der Beamte nicht Politik betreiben, sondern unparteiisch verwalten; er soll ohne „Zorn und Eingenommenheit“ seines Amtes walten und das unterlassen, was die Aufgabe des politischen Führers notwendigerweise ist: kämpfen¹²⁵. WEBER unterstellt den Beamten einem eigenen Prinzip der Verantwortlichkeit:

„Ehre des Beamten ist die Fähigkeit, wenn – trotz seiner Vorstellungen – die ihm vorgesetzte Behörde auf einem ihm falsch erscheinenden Befehl beharrt, ihn auf Verantwortung des Befehlenden gewissenhaft und genau so auszuführen, als ob er seiner eigenen Überzeugung entspräche: ohne diese ihm höchsten Sinn sittliche Disziplin und Selbstverleugnung zerfiele der ganze Apparat.“¹²⁶

Für WEBER ist die Selbstverleugnung Bestandteil der Disziplin: „Sie [die rationale Disziplin] ist inhaltlich nichts anderes als die konsequent rationalisierte, d.h. planvoll eingeschulte, präzise, alle eigene Kritik bedingungslos zurückstellende, Ausführung des empfangenen Befehls, und die unablässige innere Eingestelltheit ausschliesslich auf diesen Zweck.“¹²⁷ Zur ‚Disziplin‘ gehört einerseits die prompte, automatische Ausführung der vom Vorgesetzten im Rahmen seiner Amtskompetenz erteilten Befehls und andererseits die innere Ausführbereitschaft.

Die spezifische Wirkung der ‚Disziplin‘ beruht für WEBER auf ihrer „Qualität als Gemeinschaftshandeln eines Massengebildes“; entscheidend ist „die rationale Uniformierung des Gehorsams einer Vielheit von Menschen.“¹²⁸ Voraussetzung dazu ist die „Abrichtung zu einer

¹²⁴ BREUER, S. 326.

¹²⁵ WEBER, Beruf, S. 189 f.

¹²⁶ WEBER, Beruf, S. 190.

¹²⁷ WEBER, Wirtschaft, S. 642.

¹²⁸ WEBER, Wirtschaft, S. 642.

Einübung mechanisierten Fertigkeit und, soweit sie an starke Motive ethischen Charakters überhaupt appelliert, Pflicht und Gewissenhaftigkeit.“¹²⁹ Die „gleichmässig abgerichtete Masse“ soll das „rational berechnete Optimum von physischer und psychischer Stosskraft“ erreichen¹³⁰. Ziel der Massenabrichtung ist die Anpassung des Individuums an eine organisierte Gesamtheit. Durch diesen Prozess drängt die ‚Disziplin‘ das spontane, individuelle Handeln zurück und zwingt den einzelnen in einen Mechanismus hinein, der sich seiner eigenen Kontrolle entzieht. Für WEBER sind aber sowohl Enthusiasmus als auch Hingabe weiterhin mögliche Aspekte der ‚Disziplin‘, mit dem Unterschied, dass mit der Entstehung der Bürokratie¹³¹ erstens selbst emotionale Momente rational kalkuliert werden, und zweitens die Hingabe nicht mehr einer Person gewidmet wird, sondern einer gemeinsamen Sache, „einem rational erstrebten Erfolg.“¹³² Für WEBER liegt die Stärke der Disziplinierung darin, mit emotionalen Mitteln aller Art zu arbeiten; so z.B. mit der „Erziehung zur Einfühlung der Geführten in den Willen des Führenden.“¹³³ An der ‚Disziplin‘ besonders ist, dass diese nicht bei der äusseren Unterordnung stehen bleibt. Vielmehr zielt die Disziplinierung darauf ab, in die Motive des Handelns einzuwandern, weil nur so eine unablässige, innere Einstellung des Handelns auf den intendierten Zweck erreicht werden kann. Dadurch werden das Verhalten und die das Verhalten steuernde emotionale, kognitive und normative Strukturen der Disziplinierten dahingehend geprägt, herrschaftskonform zu reagieren¹³⁴.

Für WEBER greift die Disziplinierung unaufhaltsam um sich. Die Ursache liegt in der Rationalisierung der politischen und ökonomischen Bedarfsdeckung begründet; „sie [die Betriebsdisziplin] kalkuliert zunehmend, mit Hilfe geeigneter Messungsmethoden, den einzelnen Arbeiter ebenso nach seinem Rentabilitätsoptimum, wie irgendein sachliches Produktionsmittel.“¹³⁵

3.2.4 MICHEL FOUCAULT – Disziplin als Technologie der Macht

Der französische Philosoph und Sozialwissenschaftler MICHEL FOUCAULT schuf mit seinen Werken umfassende Analysen zum Phänomen ‚Macht‘. Indem FOUCAULT ‚Macht‘ in den Institutionen der Psychiatrie und der Gefängnisse analysiert, zeigt er Machtmechanismen auf, die

¹²⁹ WEBER, Wirtschaft, S. 643.

¹³⁰ WEBER, Wirtschaft, S. 643.

¹³¹ Für WEBER zeichnet sich Bürokratie durch folgende Merkmale aus: Behördliche Kompetenzen sind durch Gesetze oder Verwaltungsreglemente festgelegt. Es besteht das Prinzip der Amtshierarchie und des Instanzenzuges. Die moderne Amtsführung beruht auf Schriftstücken (Akten). Die Amtstätigkeit setzt eine eingehende Fachschulung voraus und erfolgt nach generellen erlernbaren Regeln. Beim vollentwickelten Amt nimmt die amtliche Tätigkeit die gesamte Arbeitskraft des Beamten in Anspruch, ungeachtet dessen, dass die pflichtgemässe Arbeitszeit auf dem Büro fest begrenzt ist. WEBER, Wirtschaft, S. 650 f.

¹³² WEBER, Wirtschaft, S. 643.

¹³³ WEBER, Wirtschaft, S. 643.

¹³⁴ Vgl. auch BREUER, S. 326 ff.

¹³⁵ WEBER, Wirtschaft, S. 647.

auch in der Gesellschaft von Bedeutung sind. Eine dieser Machttechniken erkennt FOUCAULT in der Disziplinierung, die ihren Ursprung in der Armee begründet und sich im 17. und 18. Jahrhundert aufgrund der Arbeitsteilung in den Werkstätten ausbreitet und sich bald darauf auf andere Institutionen ausweitet. Um die Disziplinarmacht in ihren historischen und geographischen Eigentümlichkeiten zu lokalisieren und exemplarisch darzustellen, untersucht FOUCAULT in seinem Werk ‚Überwachen und Strafen‘ den Wandel um die Bestrafungsformen. Dabei interessieren FOUCAULT weniger die Veränderungen der Bestrafung an sich, als vielmehr die neuen Formen der wirksamen Mechanismen, Strategien und Taktiken der Bestrafungsformen, die er unter dem Begriff der ‚Disziplin‘ zusammenfasst¹³⁶:

„Auf der einen Seite gibt es die Technologie, die ich ‚Disziplin‘ nennen würde. Die Disziplin ist im Grunde der Machtmechanismus, durch den es uns gelingt, im sozialen Körper auch die winzigsten Elemente zu kontrollieren, durch die es uns gelingt, auch die sozialen Atome selbst zu erreichen, das heisst die Individuen: Individualisierungstechniken der Macht. Wie jemanden überwachen, sein Verhalten kontrollieren, sein Betragen, seine Anlagen, wie seine Leistung steigern, seine Fähigkeiten vervielfachen, ihn dorthin stellen, wo er nützlicher ist. Das ist meiner Meinung nach, die Disziplin.“¹³⁷

FOUCAULT begreift Macht - und somit ‚Disziplin‘ - als Technologie, die das Feld möglichen Handelns der anderen strukturiert. Dabei gibt es nicht eine Macht, sondern mehrere Mächte, die lokal funktionieren und sich als Formen der Herrschaft und Unterwerfung manifestieren. Diese lokalen, regionalen Formen der Macht haben ihre eigenen Funktionsweisen, ihre eigene Technik und ihr eigenes Verfahren; „Verfahren, die erfunden worden sind, perfektioniert werden und sich unaufhörlich weiterentwickeln.“¹³⁸

FOUCAULT plädiert dafür, die Wirkung der Macht nicht immer negativ zu sehen, da die Macht in Wirklichkeit produktiv ist und sie Wirkliches produziert. „Sie produziert Gegenstandsbereiche und Wahrheitsrituale: das Individuum und seine Erkenntnis sind Ergebnisse dieser Produktion.“¹³⁹ Für FOUCAULT ist die ursprüngliche, wesentliche und dauernde Aufgabe der lokalen und regionalen Mächte „Produzenten einer Effizienz, einer Fähigkeit zu sein, Produzenten eines Produktes.“¹⁴⁰ Ziel ist, „eine bessere Leistung zu erreichen, eine bessere Produktion, eine bessere Produktivität [z.B.] der Armee.“¹⁴¹

¹³⁶ POLAT ELIF, Institutionen der Macht bei Michel Foucault, Marburg 2010.

¹³⁷ FOUCAULT, Botschaften, S. 182.

¹³⁸ FOUCAULT, Botschaften, S. 179.

¹³⁹ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 250.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Botschaften, S. 178.

¹⁴¹ FOUCAULT, Botschaften, S. 179.

Indem FOUCAULT den Wandel der Bestrafungsformen analysiert¹⁴², offenbart er neue Formen der Mechanismen, Strategien und Taktiken der Disziplinierung des Individuums¹⁴³. Im Mittelpunkt der Disziplinierung steht für FOUCAULT der Körper; es geht „um den Körper und seine Kräfte, um deren Nützlichkeit und Gelehrigkeit, um deren Anordnung und Unterwerfung.“¹⁴⁴ Dabei ist nicht mehr, wie in jener Zeit der Sklaverei, der Besitz des Körpers die Absicht; vielmehr geht es für FOUCAULT darum, „den Körper zu bearbeiten; auf ihn einen fein abgestimmten Zwang auszuüben; die Zugriffe auf der Ebene der Mechanik ins Kleinste gehen zu lassen: Bewegungen, Gesten, Haltungen, Schnelligkeit.“¹⁴⁵ Das Ergebnis widerspiegelt sich in der „Ökonomie und Effizienz der Bewegung und ihre innere Organisation.“¹⁴⁶ Die Durchführung der Mechanik ereignet sich nach Angaben von FOUCAULT wie folgt:

„sie [die Durchführungsweise] besteht in einer durchgängigen Zwangsausübung, die über die Vorgänge der Tätigkeit genauer wacht als über das Ergebnis und die Zeit, den Raum, die Bewegungen bis ins kleinste codiert. Diese Methoden, welche die peinliche Kontrolle der Körpertätigkeiten und die dauerhafte Unterwerfung ihrer Kräfte ermöglichen und sie gelehrig/nützlich machen, kann man die ‚Disziplinen‘ nennen.“¹⁴⁷

FOUCAULT beschreibt, wie die ‚Disziplin‘ in den Gefängnissen auf die Körper einwirkt, indem die Verteilung der Individuen im Raum gestaltet, die Tätigkeiten kontrolliert, die Entwicklungen organisiert und die verschiedenen Kräfte genutzt werden. Im Ergebnis demonstriert FOUCAULT, wie durch die Konstruktion von Tableaus¹⁴⁸, das Vorschreiben von Manövern¹⁴⁹,

¹⁴² Um Machtverhältnisse zu analysieren, bedarf es gemäss FOUCAULT der Feststellung einer Reihe von Punkten. Untersucht werden müssen erstens, das System der Differenzierung, das dem Einwirken auf das Handeln anderer zugrundeliegt (z.B. Unterschiede im Können, den Kompetenzen, der Sprache, Kultur etc.); zweitens, die Typen von Zielen, die von jenen verfolgt werden, die auf das Handeln anderer einwirken; drittens, die institutionellen Modalitäten der Machtausübung (z.B. das Bestehen komplexer Kontrollmechanismen, Überwachungssysteme, feststehende oder veränderliche Regeln, etc.); viertens, die Formen der Institutionalisierung (z.B. juristische Strukturen, hierarchische Strukturen, Regelungen etc.); und fünftens, die Grade der Rationalisierung, wobei FOUCAULT dabei die Einwirkung von Machtverhältnissen auf ein Möglichkeitsfeld meint, das je nach Wirksamkeit der Instrumente und der Gewissheit der Ergebnisse mehr oder weniger ausgefeilt sein wird. FOUCAULT, Botschaften, S. 197.

¹⁴³ FOUCAULT unterteilt die Veränderung der politischen Verfahren in zwei Technologien: Einerseits fand eine Disziplinierung des Individuums und dessen Körper statt und andererseits wurde die Bevölkerung, unter Anwendung unterschiedlicher Techniken, diszipliniert. Fokus des Interesses bei der Entwicklung der Bevölkerung waren z.B. Lebensbedingungen in der Stadt, die öffentliche Hygiene, die Veränderung der Verhältnisse zwischen Geburten- und Sterberate, die Bevölkerungsregulierung im Allgemeine etc. Vgl. dazu FOUCAULT, Botschaften, S. 184 ff.

¹⁴⁴ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 36.

¹⁴⁵ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 175.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 175.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 175.

¹⁴⁸ Für FOUCAULT ist das Tableau Machttechnik und Wissensverfahren zugleich. Bei dem Tableau geht es um die Organisation des Vielfältigen, das überschaut und gemeistert, dem Ordnung verliehen werden muss. Dabei geht es um Aufteilung und Analyse, Kontrolle und Verständnis. Als Beispiele nennt FOUCAULT die Anlegung der Pflanzen- und Tiergärten und gleichzeitig rationale Klassifizierung der Lebewesen sowie Aufteilung der Kranken und ihre Absonderung voneinander, sorgfältige Abdichtung des Spitalraumes und systematische Klassifizierung der Krankheiten. FOUCAULT, Gefängnisse, S. 190.

das Ansetzen von Übungen¹⁵⁰ und die Gewährleistung des Zusammenspiels der Kräfte durch die Anordnung von Taktiken eine Individualität produziert wird, die ‚zellenförmig‘, ‚organisch‘, ‚evolutiv‘ und ‚kombinatorisch‘ ist¹⁵¹.

Wesentlich für FOUCAULT ist ferner die normierende Sanktion als „Mittel der guten Abrichtung.“¹⁵² Für FOUCAULT ist die ‚Disziplin‘ eine „bescheidene und misstrauische Gewalt, die als sparsam kalkulierte, aber beständige Ökonomie funktioniert.“¹⁵³ Die ‚Disziplin‘ ‚verfertigt‘ Individuen, indem sie diese sowohl als Objekte wie als Instrumente behandelt und einsetzt. Ausgeführt wird diese ‚Abrichtung‘ durch den Einsatz einfacher Instrumente wie z.B. den normierenden Sanktionen. Für FOUCAULT stellen die Disziplinarsanktionen eine „Mikro-Justiz der Zeit (Verspätungen, Abwesenheiten, Unterbrechungen), der Tätigkeit (Unaufmerksamkeit, Nachlässigkeit, Faulheit), des Körpers („falsche“ Körperhaltung und Gesten, Unsauberkeit), [und] der Sexualität (Unanständigkeit, Schamlosigkeit)“¹⁵⁴ dar. Dabei fällt unter das Strafsystem der Disziplin alles, was nicht konform ist; bestraft wird die „Abweichung von der Regel.“¹⁵⁵ Folglich besteht die Aufgabe der Disziplinarstrafe darin, Abweichungen zu reduzieren; „sie ist darum wesentlich korrigierend.“¹⁵⁶ Bestraft wird durch eine Reihe subtiler Verfahren, die von der leichten körperlichen Züchtigung bis zu geringfügigen Entziehungen und kleinen Demütigungen reicht. Dazu dienen sowohl Strafmittel, die der Justiz entliehen sind als auch Bestrafungen, „die in den Bereich des Übens, des intensivierten, vervielfachten, wiederholten Lernens fallen.“¹⁵⁷ Daher ist die Disziplinarstrafe oft mit der Verpflichtung selbst identisch. „Sie ist weniger die Rache des verletzten Gesetzes als vielmehr seine Wiederholung, seine nachdrückliche Einschärfung. Der erwartete Besserungseffekt resultiert weniger aus Sühne und Reue als vielmehr direkt aus der Mechanik einer Dressur. Richten ist Abrichten.“¹⁵⁸ Ein lückenloses Strafsystem, das alle Punkte und alle Augenblicke der Disziplinaran-

¹⁴⁹ Unter Manöver versteht FOUCAULT die Zusammenschaltung von Körper und Objekt. Dabei ist es Sache der Disziplin, jedes Verhältnis, das der Körper mit dem manipulierten Objekt eingehen muss, zu verzahnen und zu definieren. FOUCAULT, Gefängnisse, S. 196.

¹⁵⁰ Unter Übung versteht FOUCAULT „jene Technik, mit der man den Körpern Aufgaben stellt, die sich durch Wiederholung, Unterschiedlichkeit und Abstufung auszeichnen. Indem sie das Verhalten auf einen Endzustand ausrichtet, ermöglicht die Übung eine ständige Charakterisierung des Individuums.“ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 207 f.

¹⁵¹ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 216.

¹⁵² FOUCAULT, Gefängnisse, S. 220 ff.

¹⁵³ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 220.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 230.

¹⁵⁵ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 231.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 232.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 232.

¹⁵⁸ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 232.

stalt erfasst und kontrolliert, wirkt „vergleichend, differenzierend, hierarchisierend, homogenisierend, ausschliessend. Es wirkt normend, normierend, normalisierend.“¹⁵⁹

3.3 Erkenntnisse

Würde von Staatsangestellten ‚Disziplin‘ im Sinne der Begriffsbedeutung verlangt, hätte dies zur Folge, dass sich Staatsangestellte den Regeln und Werten der staatlichen Institution zu fügen hätten, wobei eigene Entscheidungen nicht getroffen werden dürften und unterdrückt werden müssten. Ziel der Disziplinierung in der Verwaltung wäre, dass sich die Staatsangestellten einer vorgegebenen, heteronomen und hierarchischen Ordnung mittels blinden Gehorsams unterwerfen müssten, indem sie aus eigenem Willen bestimmte Vorschriften und vorgeschriebene Verhaltensregeln einhalten würden. Gleichzeitig zum äusseren Verhalten würde von den Staatsangestellten eine bejahende Gesinnung dem Staat und der institutionellen hierarchischen Struktur gegenüber verlangt, die auf dem Prinzip von Befehl, Gehorsam und Autorität beruhen und weit in das Privatleben und die Freizeit der Staatsangestellten reichen würden.

Während im Jahre 1848 tatsächlich von Staatsangestellten ‚Disziplin‘ im Sinne der Begriffsbedeutung sowie als Regime zur Rentabilitätssteigerung nach WEBER und als Technologie der Macht im Sinne von FOUCAULT gefordert und mittels Disziplinarrecht durchgesetzt wurde, kann in einer modernen Verwaltung von ‚Disziplinierung‘ im ursprünglichen und begrifflichen Sinn kaum mehr die Rede sein. Dies allerdings darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass gegenwärtig eine institutionelle Ordnung zu wahren bleibt und sicherzustellen ist. Dazu muss sich der Einzelne einem verwaltungsfunktionalen Kollektiv unterwerfen¹⁶⁰ und die institutionellen Vorschriften und Verhaltensregeln einhalten. Auch heute noch werden manche Staatsangestellte gesetzlich „zur Disziplin im Sinne der Einordnung der Einzelnen im Interesse des Ganzen“ verpflichtet¹⁶¹.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Gefängnisse, S. 236.

¹⁶⁰ TSCHANNEN, Systeme, S. 118.

¹⁶¹ Verordnung vom 11. Oktober 1976 über den Dienst des Polizeikorps (Dienstreglement) des Kantons Aargau (531.111) § 2.

2. Kapitel: Disziplinarwesen als rechtliches Institut

1 Systematische Eingliederung des Disziplinarrechts

1.1 Eingliederung in das Verwaltungsrecht

Die dogmatische Einordnung des Disziplinarrechts in die Rechtsordnung war während langer Zeit umstritten. Weil zur Schliessung von Gesetzeslücken und als Auslegungshilfe diejenigen Grundsätze beigezogen werden, die für das dem Gesetz zugeordneten Rechtsgebiet gelten, ist die praktische Bedeutung der systematischen Einordnung von Belang. Während heute das Disziplinarrecht anhand der in der Lehre üblichen Gliederungskriterien im Verwaltungsrecht eingeordnet ist, wurde ursprünglich das Disziplinarstrafrecht als Spezialstrafrecht dargestellt, welches dem Staat die Strafgewalt gegenüber Personen im Sonderstatusverhältnis verlieh¹⁶². Die Disziplinargewalt galt als „Erscheinungsform der staatlichen Herrschaftsgewalt“ und wurde als „Stück staatlichen Imperiums“ umschrieben, das den Staat berechtigte, einen Beamten disziplinarisch zu massregeln, der gegen die Regeln der Zucht und Ordnung verstossen hatte¹⁶³.

Zurückzuführen war die Eingliederung ins Spezialstrafrecht auf das Allgemeine Preussische Landrecht von 1794, welches die dienstlichen Verfehlungen von Beamten im Strafrecht normierte. Diesem Beispiel folgten einige Schweizer Kantone, indem sie das Beamtendisziplinarrecht in strafrechtlichen Erlassen regelten¹⁶⁴. Begründet wurde die Einordnung damit, dass sich sowohl das Wesen als auch der Zweck der Disziplinarstrafe von demjenigen der eigentlichen Kriminalstrafen nicht unterscheiden würde: Sowohl die Disziplinarstrafe als auch die Kriminalstrafe stellten eine Übelzufügung dar, die erfolge, weil Unrecht begangen worden sei; beide dienten dazu, ähnliche Vorgänge in der Zukunft zu verhindern und die Disziplinarstrafe habe ebenfalls Sühnefunktion im Sinn einer rechtlichen Vergeltung¹⁶⁵.

Im Laufe der Zeit aber wurde das spezielle Disziplinarstrafrecht ausgesondert und das Disziplinarrecht wurde weitgehend als beamtenrechtliches Massnahmenrecht verstanden, das zur recht- und zweckmässigen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben in der Verwaltung beiträgt. Da disziplinarische Sanktionen an die Verletzung von verwaltungsrechtlichen und die damit einhergehende Verantwortlichkeit des Fehlbaren für seinen Pflichtverstoss anknüpfen, ist

¹⁶² Vgl. BELLWALD, S. 47 f.; HANGARTNER, S. 426 f.; HINTERBERGER, S. 48 ff.

¹⁶³ LETSCH, S. 25.

¹⁶⁴ Vgl. insbesondere HINTERBERGER, S. 48 ff.; HANGARTNER, S. 426 f.

¹⁶⁵ HINTERBERGER, S. 48.

folgerichtig, wenn mittels repressiven verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen Druck auf die Betroffenen ausgeübt wird, um diese nach einer Pflichtverletzung zu veranlassen, ihre Obliegenheit künftig korrekt zu erfüllen. Schliesslich wurde auch die Terminologie weitgehend dem Verwaltungsrecht angepasst¹⁶⁶. Ausnahme bildet die militärische Disziplinarstrafordnung¹⁶⁷.

Ob dem Strafrecht oder dem Verwaltungsrecht zugeordnet; es bleibt die ‚hybride‘ Natur des Disziplinarrechts, die sich durch deren eigenartige Position zwischen Strafrecht und den Mitteln des Verwaltungszwangs ergibt und die HINTERBERGER veranlasst, die gegenwärtige dogmatische Einordnung „immerhin mit einigen Fragezeichen zu versehen.“¹⁶⁸ Dieser Ansicht ist auch STRATENWERTH: Die Disziplinarstrafe sei zwar in erster Linie ein administratives Zwangsmittel, welches ausserhalb des Strafrechts stehe, doch hätten einige übliche disziplinarrechtliche Sanktionen wie der Verweis oder die Busse Strafcharakter, denn mit ihnen soll der Disziplinarverstoss gesühnt und der Fehlbare spezialpräventiv von der Wiederholung ähnlicher Handlungen abgehalten werden¹⁶⁹.

Gegenwärtig wird die Einordnung des Disziplinarrechts in das System des Verwaltungsrechts erneut überdacht. Zwar stellt WALDMANN die dogmatische Einordnung nicht grundsätzlich in Frage, kritisiert aber, dass lediglich gestützt auf die abstrakt bestimmte Rechtsnatur die Grundsätze des Strafrechts nicht auf Disziplinar-massnahmen angewendet werden können¹⁷⁰. WALDMANN sieht die aus einer rein formalen Zuordnung abgeleiteten Rechtsfolgen als eine Gefahr der ‚Begriffsjurisprudenz‘. Die rein formale Zuordnung des Disziplinarrechts zu einem Rechtsgebiet innerhalb der bestehenden Rechtssystematik könne für die Anwendung von Verfahrensgrundsätzen nicht massgebend sein. Entscheidend, ob für die Anordnung von Disziplinar-massnahmen eher die Grundsätze des Verwaltungsrechts, die Maximen des Straf-

¹⁶⁶ 1986 wurde im Verantwortlichkeitsgesetz das Wort „Bestrafung“ mit „Massnahme“ ersetzt. Vgl. ferner die Botschaft Änderung Beamtengesetz, BBl 1986 II 325. Der Bundesrat begründete anlässlich der Revision des Beamtengesetzes die redaktionelle Änderung damit, dass beim Disziplinarrecht nicht die Bestrafung (Sühne eines Verschuldens) im Vordergrund stehe. Dies solle dadurch verdeutlicht werden, indem der Begriff „Disziplinarstrafe“ mit dem Begriff „Disziplinar-massnahme“ ersetzt würde. Trotz begrifflicher Änderung spricht das Bundesverwaltungsgericht teilweise wieder von „Disziplinarstrafen“, BVerfG B-2129/2006 vom 04.04.2007, E. 3 S. 7.

¹⁶⁷ Vgl. BELLWALD, S. 10; EGGENSCHWILER ERNST, Die Verjährung im Disziplinarrecht des Kantons Solothurn, in: ZBL 63/1962, S. 89 ff.; HANGARTNER, Reform, S. 426; HINTERBERGER, S. 65; POLEDNA, Entlassung, S. 49 ff.; SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1994, Rz. 25.

¹⁶⁸ HINTERBERGER, S. 48; vgl. WALDMANN, S. 107.

¹⁶⁹ STRATENWERTH, § 2 Rz. 48.

¹⁷⁰ WALDMANN, S. 106.

rechts oder allenfalls beide zum Zuge kommen, müssten vielmehr materielle Kriterien sein, wie die Funktion des Disziplinarrechts und die Auswirkungen auf die Betroffenen¹⁷¹.

Ob trotz der Zuordnung des Disziplinarrechts zum Verwaltungsstrafrecht auch im Disziplinarverfahren Verfahrensgrundsätze des Strafverfahrens gelten, untersuchte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, indem er anhand von Kriterien prüfte, ob es sich bei einem Disziplinarverfahren um eine strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK handelt. Wäre es eine Anklage im Sinne der EMRK, würde dies die Anwendung von Art. 6 Ziff. 2 und 3 nach sich ziehen.

1.2 Anwendung von Art. 6 EMRK auf Disziplinarrechtsfälle

Art. 6 EMRK will ein faires Verfahren garantieren, indem Mindestanforderungen an die Verfahrensrechte Beteiligter festgelegt werden. Ziffer 1 von Art. 6 EMRK wird auf Verfahren bei Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (civil rights) sowie auf Verfahren über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage angewendet¹⁷². Da die in Ziffer 1 garantierten Verfahrensrechte gestützt auf die Bundesverfassung im Disziplinarverfahren ohnehin gelten, ist für vorliegende Arbeit die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Disziplinarverfahren unerheblich.

Die in Art. 6 Ziff. 2 enthaltene Unschuldsvermutung und die in Art. 6 Ziff. 3 geregelten Einzelgarantien sind nur auf Strafverfahren anwendbar¹⁷³. Um den Geltungsbereich der in Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK enthaltenen Garantien und Grundsätze zu prüfen, muss eruiert werden, ob eine strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK vorliegt. Dazu hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – welcher das Bundesgericht gefolgt ist – drei Kriterien ent-

¹⁷¹ WALDMANN, S. 106 f. Auch STRATENWERTH ist der Meinung, dass bei eigentlichen Strafsanktionen, wie es Art. 6 Ziff. 1 EMRK für das Verfahren gebietet, wenigstens die elementaren strafrechtlichen Grundsätze Anwendung finden, § 2 Rz. 48.

¹⁷² Öffentliche Angestellte, die keine hoheitliche Funktion ausüben, können sich auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen, soweit es um Rechtsstreitigkeiten aus bestehenden Dienstverhältnissen geht, die vermögensrechtlichen Charakter haben und nicht bloss dienstrechtliche und organisationsrechtliche Anordnungen betreffen. Ebenfalls als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gelten Disziplinarstreitigkeiten, die zur Einstellung in der Berufsausübung oder zum Entzug der entsprechenden Bewilligung führen. Solche Massnahmen greifen unmittelbar in das zivile Recht der Betroffenen ein, ihre berufliche Tätigkeit auszuführen. Ziel des Europäischen Gerichtshofes ist es, die öffentlichen Bediensteten – wie die übrigen Rechtssuchenden – vermehrt dem Schutz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu unterstellen. Vgl. dazu GRABENWARTER, S. 312; HERZOG, S. 202; HERZOG/LOOSER, S. 132 f.; JAAG, Verfahrensgarantien, S. 160; EGMR Pellegrin gegen Frankreich vom 8. Dezember 1999, Application no. 28541/95. BGE 128 I 346 E. 2.3 S. 349; BGE 126 I 128 E. 2 S. 230; BGE 123 I 87 E. 2 S. 88; BGE 125 I 417 E. 3b S. 420.

¹⁷³ GRABENWARTER, S. 310.

wickelt¹⁷⁴: Massgeblich sind die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht, die Natur des Vergehens sowie die Art und Schwere der Sanktion¹⁷⁵. Die Kriterien sind grundsätzlich alternativ zu verstehen; ist ein Kriterium erfüllt, wird Art. 6 EMRK angewendet¹⁷⁶. Wird anhand der Kriterien geprüft, ob es sich beim Disziplinarrecht um eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK handelt - und somit die Verfahrensgarantien der Ziffern 2 und 3 dieses Artikels gelten - ergibt sich folgendes Resultat:

Ausgangspunkt der Prüfung ist die Einordnung einer Massnahme nach nationalem Recht. Nach dieser rein formalen Betrachtungsweise gehört das Disziplinarrecht nicht zum Strafrecht¹⁷⁷.

Bei der Prüfung des zweiten Kriteriums kommt es auf die Natur des Vergehens an. Hinweise auf die Natur des Vergehens ergeben einerseits der Adressatenkreis und andererseits das Ziel der Sanktion: Richtet sich eine Regelung an die Allgemeinheit und kommen die Straftat und -höhe ihrer Natur nach strafrechtlichen Vorschriften gleich, spricht das für den strafrechtlichen Charakter des Vergehens¹⁷⁸. Auf das Disziplinarrecht angewendet muss der strafrechtliche Charakter des Disziplinarrechts aufgrund des zweiten Kriteriums ebenfalls verneint werden, da die Disziplinarregelungen nicht für die Allgemeinheit, sondern für einen in sich geschlossenen Personenkreis bestimmt sind¹⁷⁹.

Die Prüfung des dritten Kriteriums umfasst das Gewicht der den Beschuldigten insgesamt drohenden negativen Konsequenzen¹⁸⁰. Zu prüfen sind die (potentiellen) Auswirkungen der Sanktion auf die Beschuldigten, die von der Art der Strafe, der angedrohten Höchststrafe und den Modalitäten ihrer Vollstreckung abhängig sind. Ob disziplinarische Sanktionen hinsichtlich ihrer Natur und Schwere strafrechtlichen Charakter besitzen, hat die Rechtsprechung anlässlich verschiedener Urteile geprüft, wenn auch bis anhin nicht abschliessend festgelegt¹⁸¹. Bei einer abstrakten Überprüfung der Zürcher Verordnung über die Bezirksgefängnisse hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Regelung der Disziplinarstrafen (Arrest bis zu 20 Tagen) im Sinne eines obiter dictums ausgeführt, schwere Disziplinar massnahmen könnten unter Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK fallen, weshalb es sich dringend empfehle, für schwere Dis-

¹⁷⁴ GRABENWARTER, S. 310; JAAG, Verfahrens garantien, S. 158 f.; WALDMANN, S. 110; BGer vom 6.9.2010, 8C_417/2010 E. 4.2.

¹⁷⁵ GRABENWARTER, S. 317; WALDMANN, S. 110. EGMR, Urteil i.S. Engel c. Niederlande vom 8.6.1976, Serie A Nr. 22, Ziff. 80 ff.; in EuGRZ 1976, S. 221 ff.

¹⁷⁶ GRABENWARTER, S. 318; JAAG, Verfahrens garantien, S. 158.

¹⁷⁷ WALDMANN, S. 110.

¹⁷⁸ GRABENWARTER, S. 318.

¹⁷⁹ WALDMANN, S. 110.

¹⁸⁰ GRABENWARTER, S. 319.

¹⁸¹ Vgl. WALDMANN, S. 110 f.

ziplinarvergehen eine richterliche Instanz einzuführen¹⁸². Andererseits hat das Bundesgericht nach umfassender Überprüfung entschieden, dass eine Disziplinarstrafe von zehn Tagen Arrest gegenüber einem Gefangenen nicht als strafrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 und 3 ERMK zu qualifizieren ist.

Demgemäss haben der Europäische Gerichtshof und das Bundesgericht Disziplinar massnahmen, die sich gegen öffentlich-rechtliche Angestellte richten, die Wesensart einer strafrechtlichen Anklage abgesprochen, was dazu führt, dass die Garantien und Grundsätze des Strafverfahrens im Disziplinarverfahren nicht angewendet werden¹⁸³.

¹⁸² BGE 118 Ia 64 E. 3s/bb S. 90; vgl. BGE 125 I 104 E. 2b S. 108.

¹⁸³ BGer vom 6.9.2010, 8C_417/2010 E. 4.2.; BGer vom 23.10.2008, 2C_407/2008 E. 3.5; BGer vom 8.5.2001, 2P.13/2011 E. 4b; BGer vom 18.6.2009, 6B_962/2008 E. 2; BGE 117 Ia 187 E. 4b S. 189; BGE 121 I 379 E. 3 c S. 381; BGE 125 I 104 E. 3 d S. 112; BGE 125 I 417 E. 2a S. 419; BGE 128 I 346 E. 2.3 S. 349. Bis anhin führen einzig die Disziplinarbussen, welche bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden können sowie der disziplinarische Freiheitsentzug – je nach Dauer und Art der Vollstreckung – zur Anwendung von Art. 6 Ziff. 2 und 3 ERMK. Beide Massnahmen kommen im Disziplinarverfahren gegen Staatsangestellte nicht zum Tragen.

2 Besonderes Rechtsverhältnis als Voraussetzung disziplinarischer Verantwortlichkeit

Kapitel 1 zeigt auf, dass die rechtliche Verantwortlichkeit der Staatsangestellten, die sich aus einer strafrechtlichen, einer vermögensrechtlichen und einer disziplinarischen Verantwortlichkeit zusammensetzt, Gegenstand des politischen Aufsichts- und Kontrollsystems ist. Staatsangestellte müssen persönlich für die Folgen ihres rechtlichen Fehlverhaltens einstehen; sie sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Die Verantwortlichkeit als Rechenschaftspflicht individueller Machttäger Beteiligten gegenüber dient dazu, die einwandfreie Amtsführung sicherzustellen und staatliche Macht einer rationalen Kontrolle zu unterstellen.

Staatsangestellte repräsentieren den Staat und handeln in seinem Namen, weswegen sie oft mit ausserordentlichen Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte von Bürgerinnen und Bürgern versehen sind. Um die Staatsangestellten zu beaufsichtigen und zu kontrollieren, muss der Staat eine verstärkte Befehlsgewalt über seine Funktionäre ausüben können, weshalb er direkt auf die Rechte der Staatsangestellten zugreifen kann. Dies führt zu einer besonders engen Staat-Bürger-Beziehung, die mit erhöhten Pflichten und stärkeren Grundrechtseinschränkungen einhergeht.

Dieses besondere Rechtsverhältnis¹⁸⁴ besteht in der Schweiz seit mehr als 100 Jahren und betrifft neben Verwaltungsfunktionären auch Personen im Justizvollzug, Wehr- und Zivildienstpflichtige sowie Benutzer öffentlich-rechtlicher Anstalten¹⁸⁵. Während in den Anfängen weder Grundrechte noch Gesetzmässigkeitsprinzip galten, so hat sich das besondere Rechtsverhältnis über die Jahrzehnte hinweg – nicht zuletzt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung – zu einem rechtsstaatlich verträglichen Institut entwickelt¹⁸⁶. Dabei wird es weiterhin von rechtlichen Besonderheiten geprägt, die auch auf das Disziplinarrecht einwirken.

2.1 *Gegenstand und Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses*

Nach üblicher Ansicht handelt es sich beim besonderen Rechtsverhältnis um eine besonders enge Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und bestimmten Bürgerinnen und Bürgern, welche – im Vergleich zur staatlichen Beziehung zum ‚Normalbürger‘ – mit erhöhten Pflichten und

¹⁸⁴ Das besondere Rechtsverhältnis wird heute auch Sonderstatusverhältnis genannt. Früher hiess es besonderes Gewaltverhältnis.

¹⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 478; MICHEL, S. 41 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 390.

¹⁸⁶ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 1 f. und S. 379; vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des besonderen Rechtsverhältnis MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 5 ff.

stärkeren Grundrechtsbeschränkungen einhergeht. Das besondere Rechtsverhältnis bezeichnet keinen sittlichen oder moralischen Zustand, sondern einen rechtlichen: Der Staat verfügt über den direkten Zugriff auf die Rechte der Betroffenen¹⁸⁷.

Diese besonders enge Staat-Bürger Beziehung lässt sich näher beschreiben, indem die Eingliederung des Individuums in einen staatlichen Funktionszusammenhang näher betrachtet wird. Diese Eingliederung führt beim betroffenen Individuum zu einer signifikanten Änderung der ‚normalen‘ Befindlichkeit (Normallage)¹⁸⁸. Für MÜLLER ist die Eingliederung der „zeitlose Kern“ des besonderen Rechtsverhältnisses, wobei er mit individueller Eingliederung „die verschärfte Abhängigkeit von der Staatsgewalt“¹⁸⁹ meint: Der Betroffene wird durch die Aufhebung bzw. Relativierung der spezifischen Staatsdistanz in eine ausserordentliche Befindlichkeitslage versetzt; die Staatszweckverwirklichung und die Persönlichkeitsentfaltung stellen keine streng gesonderten Vorgänge mehr dar, sondern gehen weitgehend ineinander über¹⁹⁰. Dabei unterscheiden sich die Wesensmerkmale der individuellen Eingliederung je nach besonderem Rechtsverhältnis:

- Die personale Eingliederung ist zweiseitig; einerseits besteht sie aus einer Inpflichtnahme des Individuums zu einer gesteigerten staatsbürgerlichen Verpflichtung. Andererseits obliegt dem Staat eine Schutz- und Fürsorgepflicht, um das Individuum für die aus der Inpflichtnahme zwangsläufig resultierenden Freiheitseinbussen zu entschädigen¹⁹¹.
- Eine räumliche Eingliederung liegt vor, „wenn das in Frage stehende Staat-Bürger-Verhältnis ein räumlich-physisches Ineinandergehen der privaten und der staatlichen Sphäre bewirkt“.¹⁹² Dies ist dann der Fall, wenn sich Betroffene rechtsverhältnisbedingt während einer gewissen Zeit physisch in Räumen des Staates aufhalten, wobei die Schutz- und Kontrollmacht über wesentliche Rechtsgüter dem Staat übertragen wird¹⁹³.

¹⁸⁷ Gemäss SCHALLER verleiht das besondere Rechtsverhältnis dem Gemeinwesen bei einer Pflichtverletzung nicht bloss den Anspruch auf Schadenersatz, sondern gibt ihm auch das Recht, den Fehlbaren zu bestrafen. Somit ist für SCHALLER das Recht auf Disziplinarbestrafung ein dem Kanton oder der Gemeinde als Inhaber der Dienstgewalt zustehender Rechtsanspruch. SCHALLER, S. 33.

¹⁸⁸ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 173; TSCHANNEN, Systeme, S. 118.

¹⁸⁹ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 135.

¹⁹⁰ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 189 ff.

¹⁹¹ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 173.

¹⁹² MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 173.

¹⁹³ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 173.

- Eine bürokratisch-hierarchische Eingliederung entsteht durch die rechtsverhältnisspezifische Einordnung des Betroffenen in das bürokratisch-hierarchische Verwaltungssystem¹⁹⁴.

Der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses besteht darin, den reibungslosen und störungsfreien Gang bestimmter Institutionen und Verwaltungszweige sicherzustellen. Dabei hat sich die konkrete Ausgestaltung des Sonderstatusverhältnisses am spezifischen Auftrag der in Frage stehenden Institution zu orientieren¹⁹⁵. Kritisch äusserst sich TSCHANNEN, für den Sinn und Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses strittig sind. Nichtsdestotrotz warnt auch er davor, das Rechtsinstitut als Kategorie zu streichen:

„Es ist eben nicht das Gleiche, ob ein Privater als ungebundener Einzelner Rechtsverhältnisse zum Staat eingeht oder zu einem Teil eines verwaltungsfunktionalen Kollektivs mutiert. Die Eingliederung bringt auf beiden Seiten besondere Pflichten mit sich (für den Eingegliederten die Pflicht, sich dem Kollektiv unterzuordnen; für den Staat die Pflicht, sich um den Eingegliederten zu sorgen); sie erfordert auch besondere Steuerungsinstrumente der Leitungsorgane“.¹⁹⁶

2.2 Anforderungen an die Gesetzmässigkeit im besonderen Rechtsverhältnis

Das Gesetzmässigkeitsprinzip¹⁹⁷, das für jegliches staatliches Handeln als Grundlage und Schranke das Recht vorsieht, gilt auch im besonderen Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und seinen Angestellten uneingeschränkt. Deutlich herabgesetzt sind dagegen gemäss Lehre und ständiger Rechtsprechung die Anforderungen an die Normstufe und die Normbestimmtheit¹⁹⁸. Die Lockerung gilt indes nur für Rechtsbeschränkungen, die sich in vorhersehbarer

¹⁹⁴ Siehe dazu eingehend MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 173 ff.; vgl. ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, S. 391 f.

¹⁹⁵ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 134, S. 210; vgl. ferner BGE 129 I 74 E. 4.2 S. 77.

¹⁹⁶ TSCHANNEN, Systeme, S. 118 f.

¹⁹⁷ Das Gesetzmässigkeitsprinzip – auch Legalitätsprinzip genannt – ist in Art. 5 Abs. 1 BV verankert (Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht). Dieser Grundsatz wird in Lehre und Rechtsprechung nach dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform unterschieden. Das Erfordernis des Rechtssatzes bedeutet, dass die Staatstätigkeit nur auf Grund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind. Mit Erfordernis der Gesetzesform dagegen ist gemeint, dass die wichtigen Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, in einem Gesetz enthalten sein müssen. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368 ff.; vgl. dazu auch HUBER, S. 25 ff.

¹⁹⁸ Statt vieler HÄFELIN/HALLER, Rz. 330; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, Rz. 480 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 92 f.; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 123; ROHR, S. 51 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 392; BGer vom 24.6.2011, 2C_165/2011 E. 3; BGE 99 Ia 262 E. 5 S. 269; BGE 122 I 222 E. 2b S. 228; BGE 123 I 1 E. 4b/4d S. 6; BGE 129 I 12 E. 8.5 S. 24.

Weise aus dem Zweck des jeweiligen Sonderstatusverhältnisses ableiten lassen und somit dem Betroffenen keine grundsätzlich neue Leistung abverlangen und nicht schwer wiegen¹⁹⁹.

Als Hauptgründe für die reduzierte Tragweite des Gesetzmässigkeitsprinzips im Sonderstatusverhältnis werden genannt:

- die Vielfalt und Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte;
- die Komplexität und die Wandelbarkeit der Tatbestände;
- die Freiwilligkeit des konkreten Rechtsverhältnisses²⁰⁰;
- der Zweck des Rechtsverhältnisses, woraus sich konkret die in Frage stehende Rechtsbeschränkung ableiten lässt²⁰¹.

Die Anforderung an eine hinreichende Normstufe verlangt, dass ein Rechtssatz umso besser demokratisch abgestützt sein muss, je wesentlicher und wichtiger der konkrete Regelungsbereich ist. Das Bundesgericht hält aber fest, dass beispielsweise im öffentlichen Dienstrecht eine gewisse Flexibilität unvermeidlich und zulässig ist²⁰², weshalb weniger hohe Anforderungen an die Normstufe gestellt werden, als in anderen Rechtsbereichen.

„Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, Rechte und Pflichten der Beamten auf untergesetzlicher Stufe zu konkretisieren. Eine Blankodelegation aller personalrechtlichen Rechtsetzungsbefugnisse an ein Exekutivorgan hat das Bundesgericht aber noch nie als zulässig erachtet und kann in der Rechtswirklichkeit der Kantone auch keineswegs als üblich bezeichnet werden. Vielmehr dürfte es sich bei solchen Regelungen um Ausnahmen handeln.“²⁰³

Weiter verlangt das Legalitätsprinzip, dass die anzuwendenden Rechtssätze hinreichend und angemessen bestimmt sind. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit kann indes nicht abstrakt festgelegt werden; es gilt zwischen den Interessen der Rechtssicherheit und denjenigen der Einzelfallgerechtigkeit abzuwägen. Für eine hohe Regelungsbestimmtheit sprechen Interessen an der Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und der demokratischen Legitimation. Dem

¹⁹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 478 ff.; JAAG, Dienstverhältnis, S. 441 f.; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 122; TSCHANNEN, S. 118 ff.; vgl. ferner BGE 106 V 40 E. 5a S. 42: „Dabei muss der zu Massregelnde aufgrund der einschlägigen Vorschriften oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses erkennen können, dass sein Verhalten mit diesem besonderen Rechtsverhältnis nicht vereinbar ist.

²⁰⁰ Vgl. BGE 123 I 1 E. 4b/4d S. 6 f.; BGE 123 I 296 E. 3 S. 303 f.; BGE 121 I 230 E. 3g/dd S. 239; BGE 103 Ia 455 E. 6a S. 458. Zur Einwilligung als Surrogat der gesetzlichen Grundlage äussert sich die Lehre mehrheitlich kritisch. Der Umstand, dass sich ein Staatsangestellter freiwillig in den Dienst des Staates begibt, ändert nichts am Anspruch auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte. Vgl. dazu HANGARTNER, S. 387 und S. 394; HAFNER, S. 493; MICHEL, S. 48; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 36; eingehend zum Thema Grundrechtsverzicht im zukünftigen Arbeitsverhältnis siehe HÄNER, S. 395 ff.

²⁰¹ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 123.

²⁰² BGE 123 I 1 E. 4c S. 6.

²⁰³ BGE 128 I 113 E. 3f S. 125.

gegenüber kann zur Zielerreichung wesentlich sein, dass den rechtsanwendenden Behörden durch offene, unbestimmte Normierung Handlungsspielraum gewährt wird, um Bedürfnissen im Einzelfall gerecht zu werden und effektive und effiziente Lösungen zu finden²⁰⁴.

Folglich lassen sich trotz den Forderungen nach einer hinreichenden und angemessenen Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze offene Normen kaum vermeiden²⁰⁵. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss²⁰⁶. Folgende Indikatoren bestimmen den Grad der erforderlichen Bestimmtheit:

„Es hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.“²⁰⁷

Bezüglich der Normbestimmtheit im besonderen Rechtsverhältnis hält das Bundesgericht fest, dass die formellgesetzliche Regelung nicht bis ins letzte Detail gehen muss, sondern in der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechend offen gefasst sein darf²⁰⁸. Dies schliesst nicht aus, dass im Sonderstatusverhältnis auch grundrechtsbeschränkende Normen einen gewissen Grad an Bestimmtheit aufweisen müssen²⁰⁹.

„Soll der Gesetzesvorhalt eine möglichst wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden, so muss verlangt werden, dass die belastende, in ein Individualrecht eingreifende Norm einen optimalen Grad der Bestimmtheit aufweist und nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überlässt. Dabei hängt der erforderliche Bestimmtheitsgrad unter anderem von der Vorhersehbarkeit der Verhältnisse, der Einfachheit oder Vielfalt der Materie und der sofort oder erst bei der Gesetzesanwendung möglichen Konkretisierung ab.“²¹⁰

Die Notwendigkeit unbestimmter Normen bedeutet dagegen nicht, dass der Praxis bei der Anwendung und Auslegung der Norm Tür und Tor offen stehen. Vielmehr sind der Unbestimmtheit von Rechtsnormen durch verfassungsrechtliche Garantien Schranken gesetzt,

²⁰⁴ MÜLLER, Rechtssetzungslehre, S. 74 ff.

²⁰⁵ BGE 131 II 13 E. 6.5.1 S. 29 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 134.

²⁰⁶ Statt vieler BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58; BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339; BGE 125 I 369 E. 6 S. 379; BGE 115 Ia 277 E. 7a S. 288.

²⁰⁷ BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58; vgl. auch BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283.

²⁰⁸ BGer vom 24.06.2011, 2C_165/2011 E. 3.3 ; BGE 129 I 12 E. 8.5 S. 24.

²⁰⁹ BGE 115 Ia 277 E. 7a S. 288. Dass das Bundesgericht von dieser Praxis abweicht, ist nicht auszuschliessen: So hat es z.B. für ausgesprochen schwerwiegende Grundrechtseingriffe im besonderen Rechtsverhältnis (Zwangsmedikation) das Fehlen einer expliziten gesetzlichen Grundlage toleriert. Siehe dazu BGE 126 I 112; vgl. ferner TSCHANNEN, S. 119.

²¹⁰ BGE 115 Ia 277 E. 7a S. 288; vgl. auch BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283.

indem das öffentliche Interesse, die Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot zu beachten sind, wenn Gesetze und Verordnungen angewendet werden²¹¹. Weiter wird bei der Interpretation unbestimmter Normen stets in Verbindung mit einem bestimmten Regelungsgegenstand gewertet; dadurch gewinnen die unbestimmten Normen eine Sinnhaftigkeit und Varianten der Auslegung werden begrenzt²¹².

2.3 Geltung der Grundrechte im besonderen Rechtsverhältnis

Die Grundrechte gelten in der Schweiz seit jeher auch für diejenigen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen. Allerdings sind in erhöhtem Masse Einschränkungen in die Schutzwirkung der Grundrechte Betroffener zulässig, wenn die spezifischen Interessenlagen besonderer Rechtsverhältnisse es rechtfertigen²¹³. Die Grundrechtseinschränkungen müssen sich strikt auf das funktionale Gebot beschränken; nicht das Bestehen eines Sonderstatusverhältnisses berechtigt den Staat zur Einschränkung der Schutzwirkung der Grundrechte, sondern vielmehr das konkrete öffentliche Interesse, welches das Sonderstatusverhältnis begründet. Das Gemeinwesen darf den Lebensbereich ausserhalb der Eingliederung in eine staatliche Institution nicht anders und nicht schärfer regeln, als bei jedem beliebigen Bürger²¹⁴.

2.4 Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates

Wo die Eingliederung in ein besonderes Rechtsverhältnis die normale Staatsdistanz aufhebt oder zumindest relativiert und dadurch die Grundrechtslage verändert, entsteht beim Staat kompensatorisch eine Schutz- und Fürsorgepflicht für die Betroffenen²¹⁵. Zu einer staatlichen Garantenpflicht kommt es allerdings nicht nur, wenn Betroffene dauerhaft in eine Institution eingegliedert werden; eine erhöhte Schutz- und Fürsorgepflicht besteht selbst im öffentlichen Dienstverhältnis, wo sie als Gegenpol zur Treuepflicht der Staatsangestellten verstanden wird. Die Arbeitgeberschaft ist verpflichtet, den Arbeitnehmenden im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zukommen zu lassen und deren berechnete Interessen in

²¹¹ MÜLLER, Rechtssetzungslehre, S. 152; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 127.

²¹² SCHNEIDER, S. 49 ff.

²¹³ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 22.

²¹⁴ HÄFELIN/HALLER, Rz. 330 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368 ff.; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 22 und S. 242; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 393.

²¹⁵ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 22; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 393, S. 587; vgl. ferner KIE-
NER/KÄLIN, S. 122 f.

guten Treuen zu wahren. Die Schutz- und Fürsorgepflicht gilt auch als Ausfluss der allgemeinen Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts²¹⁶.

²¹⁶ NÖTZLI, S. 28 f.; VerGr ZH vom 7.1.2004, PB.2003.00022 E. 7.1.

3 Staatliche Disziplinarordnungen

3.1 Allgemeines

Das Disziplinarwesen bildet Gegenstand sowohl staatlicher als auch privater Regulierungen, wobei sich vorliegendes Kapitel auf einen Überblick des Disziplinarwesens in staatlichen Einrichtungen (Strafanstalten, Schulen, Universitäten etc.) konzentriert. Während sich das Disziplinarwesen im Laufe der Zeit in den verschiedenen Bereichen teils selbständig, teils in gegenseitiger Beeinflussung entwickelt und etabliert hat, bleibt sein wesentlicher Kern bestehen: Letztlich geht es um die Wahrung der Ordnung innerhalb bestimmter Institutionen oder Personengruppen und um die Bewahrung des Vertrauens der Bevölkerung in einen besonderen Berufsstand²¹⁷. Das entsprechende rechtliche Institut zur Durchsetzung und Aufrechterhaltung der inneren Ordnung findet sich in verschiedenen disziplinarischen Vorschriften, die heute beispielsweise im Militärstrafrecht, im Strafvollzugsrecht, im Bildungsrecht oder im öffentlichen Dienstrecht verankert sind.

Einer disziplinarischen Ordnung unterstellt werden können einerseits Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen. Dadurch, dass dieser Personengruppe dem Staat gegenüber besondere Rechte und Pflichten zukommt, hebt sie sich von der Allgemeinheit ab. Zu dieser Personengruppe gehören Angehörige der Armee, Insassen von Strafanstalten, öffentlich Bedienstete, Schülerinnen und Schüler oder Studierende. Verstossen Betroffene dieser Personengruppen gegen arbeitsrechtliche Pflichten oder eine Anstaltsordnung, drohen ihnen disziplinarrechtliche Massnahmen. Andererseits kann der Gesetzgeber auch Angehörige freier Berufe dem Disziplinarrecht unterstellen. Dabei handelt es sich um Träger freier Berufe wie beispielsweise Rechtsanwälte, Notare, Medizinalpersonen, Architekten oder Ingenieure²¹⁸. Gegenstand disziplinarischer Massnahmen sind Verstösse gegen Vorschriften betreffend deren Berufsausübung.

3.2 Verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen

Werden disziplinarische Massnahmen ausgesprochen, handelt es sich um verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen. Unter Verwaltungszwang - Zwangsmassnahmen und Sanktionen²¹⁹

²¹⁷ WALDMANN, S. 95 ff.

²¹⁸ Vgl. FLEINER, S. 294 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1191; SCHWARZENBACH, S. 237; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 315; WALDMANN, S. 97 f.

²¹⁹ Das Wort Sanktion wird in der Literatur nicht einheitlich verwendet. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN sprechen allgemein von verwaltungsrechtlichen Sanktionen. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER weisen darauf hin, dass Verwal-

- wird die Gesamtheit der verwaltungsrechtlichen Massnahmen verstanden, mit denen das Gemeinwesen die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten des Bürgers erzwingt. Die Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Ordnung verschafft dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts Nachachtung und dient dazu, Gesetzmässigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten, indem die Behörden auf Verstösse gegen das Verwaltungsrecht reagieren, um die lückenlose Verwirklichung der Verwaltungsrechtsordnung sicherzustellen²²⁰.

3.3 Rechtsgrundlagen verschiedener staatlicher Disziplinarordnungen

Das Gesetzmässigkeitsprinzip fordert, dass das Verfahren, mittels welchem disziplinarrechtliche Massnahmen verhängt werden, zumindest in den Grundzügen gesetzlich geregelt sein muss. Disziplinarordnungen sollen, unabhängig des zu regelnden Sachgebietes, sowohl die Träger der Disziplinargewalt als auch die Disziplinarmassnahmen, die Disziplinarfehler, sowie das Verfahren regeln²²¹.

Die staatlichen Disziplinarordnungen der verschiedenen Anwendungsbereiche unterscheiden sich mit Bezug auf die Normstufe und Normdichte grundlegend. Ein Überblick über ausgewählte Aspekte der Rechtsgrundlagen staatlicher Disziplinarordnungen soll deren Divergenzen und Kongruenzen ansatzweise aufzeigen²²²:

3.3.1 Angehörige der freien Berufe

Angehörige der freien Berufe können sich für die Ausübung ihres Gewerbes auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen, weshalb Einschränkungen in der Berufsausübung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen müssen. Sowohl die Berufspflichten als auch die für den Fall ihrer Verletzung vorgesehenen disziplinarischen Massnahmen müssen in den Grundzügen im Gesetz selbst festgelegt sein²²³. Beispiele solcher Regelungen sind die bundesrechtlichen Disziplinarordnungen²²⁴ für Rechtsanwälte (An-

tungszwang nicht zwingend rechtswidriges Verhalten voraussetzt, weshalb sie nur im Zusammenhang mit den Verwaltungsstrafen von Sanktionen sprechen.

²²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1134 ff.; SCHWARZENBACH, S. 234 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 300 ff.

²²¹ Vgl. dazu WALDMANN, S. 100.

²²² Das Bundesrecht schreibt gewisse disziplinarische Verantwortlichkeiten für kantonale Angestellte vor, so z.B. für Notare (Art. 957 ZGB und Art. 14 SchKG; vgl. auch §§ 1 und 22 Notariatsgesetz). Darauf wird im Folgenden nicht näher eingetreten.

²²³ Vgl. dazu WALDMANN, S. 101.

²²⁴ Gemäss Art. 95 Abs. 1 BV kann der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten erlassen.

waltsgesetz, BGFA) und Medizinalpersonen (Medizinalberufegesetz, MedBG). Ferner tritt voraussichtlich am 1. Januar 2013 das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG) in Kraft.

Zwecks Harmonisierung der Praxis wurde in den Jahren 1999 und 2004 im Anwaltsgesetz und im Medizinalberufegesetz anlässlich von Gesetzesreformen die Berufspflichten abschliessend aufgeführt und einheitlich auf Bundesebene festgelegt²²⁵. Die Berufsregeln sollten von einer Behörde erlassen werden, um einen bestimmten Beruf im öffentlichen Interesse zu reglementieren. Aus Transparenzgründen sollten nicht mehr 26 in Form und Inhalt verschiedene kantonale Regeln nebeneinander bestehen²²⁶. Die Berufsregeln sind zwar oft allgemein formuliert, doch konzentrieren sie sich auf das Wesentliche und konkretisieren die Treuepflicht der verschiedenen Berufsgattungen. Die Berufspflichten sind verbindlich. Werden sie missachtet, können disziplinarrechtliche Massnahmen ausgesprochen werden.

Neben den Berufsregeln bzw. Berufspflichten sind im Anwaltsgesetz, im Medizinalberufegesetz und später auch im Psychologieberufegesetz die Disziplinar-massnahmen abschliessend aufgezählt, die Geltung des Berufsausübeverbotes präzisiert, die Verjährung festgelegt und die Disziplinarverfahren in anderen Kantonen geregelt. Weiter schreiben die Gesetze die Schaffung kantonaler Aufsichtsbehörden vor und weisen diesen die Zuständigkeit zu, notwendige Massnahmen zur Einhaltung der Berufspflichten zu treffen. Die Organisation und die Zusammensetzung dieser Behörden sowie die Regelung des Verfahrens wird den Kantonen überlassen²²⁷.

3.3.2 Militär

Die Disziplinarordnung des Militärs ist im Militärstrafgesetz (MStG) sowie den entsprechenden Ausführungsbestimmungen (MStV)²²⁸ geregelt. Die militärische Disziplinarordnung lehnt sich hinsichtlich der verwendeten Terminologie (Disziplinarstrafordnung, Disziplinarstrafe, Strafbarkeit, Strafzumessung etc.) und auch bezüglich ihrer Regulationsstruktur eng an das Strafrecht an. Ebenfalls lässt die Zuordnung der Disziplinarstrafordnung zum Militärstrafgesetz darauf schliessen, dass es sich bei einem Disziplinarfehler um eine Unterkategorie kriminellen

²²⁵ Art. 12 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte; Art. 27 des Bundesgesetzes vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe; Art. 40 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe.

²²⁶ Botschaft Anwaltsgesetz, BBl 1999 VII 6053 f.

²²⁷ Botschaft Medizinalberufegesetz, BBl 2005 228 ff.; Botschaft Anwaltsgesetz BBl 1999 VII 6053 ff.; Botschaft Psychologieberufegesetz BBl 2009 6897 ff.

²²⁸ Militärstrafgesetz (MStG), Art. 180 - 213; Verordnung über die Militärstrafrechtspflege (MStV), Art. 94 - 100.

Verhaltens handelt²²⁹. So findet die militärische Disziplinarstrafe nicht nur bei Disziplinarfehlern Anwendung, sondern auch – wo vom MStG vorgesehen – bei leichten Fällen von Verbrechen und Vergehen (Art. 180 Abs. 2 MStG).

Das gesamte Disziplinarstrafrecht wurde 2003 revidiert und einheitlich auf Gesetzesstufe im Militärstrafgesetz verankert, so dass gegenwärtig keine disziplinarischen Ausführungsbestimmungen mehr auf Stufe Dienstreglement geregelt werden. Neben der Vereinheitlichung auf Gesetzesstufe waren Ziele der Totalrevision einen neuen erweiterten Sanktionenkatalog einzuführen, die Definition des Disziplinarfehlers bestimmter zu fassen, die vorsätzliche Begehung eines Disziplinarfehlers um die fahrlässige Begehung zu erweitern und die Verjährungsfristen zu verlängern²³⁰.

Trotz der Tendenz, die militärische Disziplinarordnung dem Strafrecht weiter anzunähern, wird in der Botschaft darauf hingewiesen, dass die Garantiefunktion des Strafgesetzes (keine Strafe bzw. Sanktion ohne Gesetz) im Disziplinarstrafrecht nicht von gleicher Tragweite sei, wie im Kriminalstrafrecht; so müssten trotz Generalklausel als Tatbestand²³¹ die Armeeangehörigen auch zum Schutz der Öffentlichkeit zur Rechenschaft gezogen werden können. Dabei seien aber die Disziplinarbestimmungen zum Schutz der Armeeangehörigen so weit wie sachlich möglich zu konkretisieren²³².

3.3.3 Insassen in Strafvollzugsanstalten und Massnahmenzentren

Das Disziplinarrecht, das für Insassen in Strafvollzugsanstalten und Massnahmenzentren gilt, bildet einen Teil der Strafvollzugsgesetzgebung, welche – entgegen dem materiellen Strafrecht und dem Strafprozessrecht – vorwiegend kantonale Rechtsetzungsmaterie geblieben ist (Art. 123 Abs. 2 BV)²³³. Gleichwohl nennt das Schweizerische Strafgesetzbuch einige Vollzugsgrundsätze, die das Disziplinarwesen im Straf- und Massnahmenvollzug prägen²³⁴. Ferner wurde am 1. Januar 2007 mit Art. 91 StGB erstmals eine Bestimmung zum Disziplinarrecht im Strafvollzug auf Bundesebene erlassen. Art. 91 StGB legt fest, dass gegen Insassen

²²⁹ Vgl. dazu SCHWARZ, S. 48.

²³⁰ Botschaft Disziplinarstrafordnung, BBl 2002 7860 f.

²³¹ In diesem Zusammenhang wurde unter anderem die Definition des Dienstfehlers diskutiert. Dieser war anlässlich der Gesetzesrevision bestimmter zu fassen, da das Kriterium ‚Zu widerhandlung gegen die militärische Ordnung‘ als so unbestimmt bezeichnet wurde, dass die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten verschwamm. Neu begeht gem. Art. 180 Abs. 1 MStG ein Disziplinarfehler, wer „a. seine dienstlichen Pflichten zu widerhandelt oder den Dienstbetrieb stört; b. öffentliches Ärgernis erregt; c. Grundregeln des Anstands verletzt oder groben Unfug treibt“. Botschaft, Disziplinarstrafordnung, BBl 2002 7862.

²³² Botschaft Disziplinarstrafordnung, BBl 2002 7862 f.

²³³ Allerdings verfügen die Kantone nicht über geschlossene Kodifikationen des Strafvollzuges, sondern regeln die Vollzugsbestimmungen in einer Vielzahl von Rechtsquellen wie z.B. Strafvollzugsgesetzen, regierungsrätlichen Strafvollzugsverordnungen und Organisations- oder Anstaltsreglementen etc. Vgl. dazu HUBER, S. 15 ff.

²³⁴ Z.B. Resozialisierungsziele, Anstaltstypen, Vollzugsstufen, etc. (Art. 372 ff. StGB).

in Strafvollzugsanstalten und Massnahmenzentren Disziplinarsanktionen verhängt werden können, wenn diese in schuldhafter Weise gegen Strafvollzugsvorschriften oder den Vollzugsplan verstossen. Mögliche Disziplinarsanktionen können sein: der Verweis, der zeitweise Entzug oder die Beschränkung der Verfügung über Geldmittel, der Freizeitbeschäftigung oder der Aussenkontakte, die Busse sowie der Arrest. Zuständig zum Erlass des Disziplinarrechts sind die Kantone. Diese haben die Disziplinarartbestände, die Sanktionen und deren Zumesung sowie das Verfahren zu regeln (Art. 91 Abs. 3 StGB). Art. 91 StGB beabsichtigt, schwerstwiegende Einschränkungen der Rechte der Gefangenen wenigstens in den Grundzügen durch Bundesrecht zu regeln²³⁵. Die getroffene Minimallösung, die sowohl eine Begrenzung der Höchstdauer der Sanktionen als auch eine Vorschrift bezüglich letztinstanzlicher kantonaler richterlicher Überprüfungen von Disziplinar massnahmen vermissen lässt, vermag allerdings weder den nötigen Grundrechtsschutz der Anstaltsinsassen zu gewährleisten, noch der föderalistischen Gesetzeszersplitterung entgegenzuhalten²³⁶.

3.3.4 Schülerinnen und Schüler

Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 BV), weshalb der Erlass disziplinarischer Ordnungen in kantonale Kompetenz fällt, was zu einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen führt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, inwieweit die disziplinarrechtlich zulässigen Sanktionen und die Voraussetzungen, unter denen sie verhängt werden, im Bildungsbereich eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne erfordern, ist zahlreich und teils uneinheitlich. In neuster Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass im schulischen Disziplinarrecht die formellgesetzliche Regelung, abgesehen von der Begründung des Sonderstatusverhältnisses, nicht bis ins letzte Detail zu gehen hat, „sondern darf der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechend weit gefasst sein; namentlich darf die Regelung der Einzelheiten an Exekutivorgane delegiert werden.“²³⁷ Daraus folgt, dass die Disziplinarordnungen für Schulen und Universitäten auf Gesetzesstufe oftmals nur rudimentär geregelt sind und sich dabei im Wesentlichen auf die Verankerung des Schulausschlusses als schwerste Disziplinar massnahme sowie die Grundzüge der Organisation und des Verfah-

²³⁵ Botschaft StGB, BBl 1999 II 2125.

²³⁶ BRÄGGER BENJAMIN, Überblick über das Disziplinarrecht im schweizerischen Freiheitsentzug, in: SZK 1/2003, S. 25 ff.; HUBER, S. 15 ff.; TRECHSEL, Kommentar StGB, N 1 zu Art. 91.

²³⁷ BGE 135 I 79 E. 6.2 S. 85. Vgl. auch BGE 129 I 12 E. 8.5 S. 24; BGE 123 I 296 E.3 S. 303; BGE 121 I 22 E. 4a S. 27; BGE 119 Ia 178 E. 6b S. 188.

rens beschränken²³⁸. Der Erlass detaillierter Bestimmungen wird durch die Exekutive, spezielle Behördenkommissionen oder die Schule selbst, festgelegt²³⁹.

3.3.5 Öffentlich Bedienstete

Öffentlich Bedienstete stehen zum Staat in einem besonderen Rechtsverhältnis, welches zu einem verschärften Abhängigkeits-, Unterordnungs- und Pflichtverhältnis führt²⁴⁰. An dieses besondere Rechtsverhältnis geknüpft sind verschiedene Pflichten und Obliegenheiten. Werden diese missachtet, macht sich der Betroffene eines Fehlverhaltens schuldig, welches disziplinarrechtlich geahndet werden kann. Entsprechende Vorschriften finden sich im öffentlichen Dienstrecht (Personalgesetz) und dem Verantwortlichkeitsgesetz sowie auf kantonaler Ebene in der Spezialgesetzgebung einzelner Verwaltungszweige.

3.4 Erkenntnisse

Der flüchtige Überblick zeigt, dass das Disziplinarwesen als rechtliches Institut nach wie vor seine Legitimität in der Rechtsordnung besitzt. Verschiedene staatliche Disziplinarordnungen wurden erst vor wenigen Jahren revidiert und ausgebaut, neue treten in Kraft; von einer Abschaffung des Instituts ist weder in der Lehre, der Praxis noch der Rechtsprechung die Rede.

Trotz Besonderheiten, die überwiegend auf die institutionellen Unterschiede zurückzuführen sind, ist (mit Ausnahme des öffentlichen Dienstrechtes) eine Tendenz zur Harmonisierung der Praxis, Vereinheitlichung von Normen auf Gesetzesstufe und Konkretisierung der Bestimmungen festzustellen. Somit reagiert die Gesetzgebung auf die Entwicklung des Sonderstatusverhältnisses, welches durch die Rechtsprechung zu einem rechtsstaatlich verträglichen Institut heranwächst (Geltung der Gesetzmässigkeit und der Grundrechte Betroffener), das neue Anforderungen an die Rechtsetzung stellt: Wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, werden heute die Disziplinar massnahmen und Berufspflichten in den Disziplinarordnungen für Rechtsanwälte, Medizinalberufe und Psychologieberufe abschliessend auf Gesetzes-

²³⁸ Im Kanton Zürich z.B. schreibt § 16 des Gesetzes vom 15. März 1998 über die Universität Zürich (Universitätsgesetz) (LS 415.11) vor, dass der Universitätsrat zur Gewährleistung des geordneten Universitätsbetriebs eine Disziplinarordnung erlässt. Die Disziplinarordnung vom 17. Februar 1976 der Universität Zürich (LS 415.33) regelt das universitäre Disziplinarwesen detailliert. Die Disziplinarordnung gilt dabei als Rechtsverordnung und weist somit Rechtscharakter auf.

²³⁹ MARTIN GIAN, Universitäres Disziplinarrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Handhabung von Plagiaten, in: AJP 4/2007, S. 473 ff.; WALDMANN, S. 102; vgl. dazu auch MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 23 ff.; ROHR, S. 121 ff.

²⁴⁰ Siehe dazu Kap. 2 Ziff. 2.

stufe verankert. Die militärische Disziplinarstraftordnung fasst unter anderem die Definition des Disziplinarfehlers genauer und regelt heute sämtliche disziplinarische Ausführungsbestimmungen auf Gesetzesstufe. Weiter wurde das Strafgesetzbuch mit einer Bestimmung zum Disziplinarrecht ergänzt.

Daraus ist zu schliessen, dass weniger am Disziplinarrecht als solches gezweifelt wird, als dass vielmehr in Frage gestellt wird, ob das Disziplinarrecht für Staatsangestellte noch opportun ist. Im Folgenden soll dieser Frage nachgegangen werden, indem zuerst die Stellung des Disziplinarrechts im Rechtssystem geklärt wird, bevor auf die Rechtsquellen und Rechtsentwicklung eingegangen wird.

4 Disziplinarrecht der Staatsangestellten

4.1 Stellung des öffentlichen Dienstrechts im Rechtssystem

Um die Positionierung der rechtlichen Grundlagen des Disziplinarwesens öffentlich Bediensteter (öffentliches Dienstrecht) anhand der in der Lehre üblichen Gliederungskriterien zu ermöglichen und die Orientierung im öffentlichen Recht zu erleichtern, erscheint es sinnvoll, an dieser Stelle ausgewählte komprimierte Erläuterungen zum Staats- und Verwaltungsrecht anzubringen.

Eine eigentliche Definition des öffentlichen Dienstrechts existiert nicht²⁴¹. Vielmehr ist von einem weiten Begriff auszugehen, der die Gesamtheit der Normen, die das Arbeitsverhältnis der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Person regelt, auszugehen²⁴². Dabei kann auch der Begriff ‚öffentliches Personalrecht‘ verwendet werden. Obwohl in den vergangenen zwei Jahrzehnten eine Annäherung an das Obligationenrecht stattgefunden hat, bleibt das Anstellungsverhältnis von Staatsangestellten öffentlichrechtlicher Natur: „Die Dienstverhältnisse dienen öffentlichen Aufgaben (Funktionstheorie) und ihre Begründung liegt im öffentlichen Interesse (Interessentheorie).“²⁴³

Das Staatsrecht umfasst diejenigen Rechtsnormen, die Aufgaben und Organisation des Staates, das Verfahren der Staatsorgane und die grundsätzliche Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger regeln. Unterteilt wird es in Organisationsrecht und Grundrechte bzw. andere verfassungsmässige Rechte. Rechtsgrundlage des Staatsrechtes bildet die Verfassung. Dabei sind auch Normen tieferer Stufe Teil des Staatsrechts, in denen Verfassungsgrundzüge konkretisiert und ergänzt werden, um deren Umsetzung zu verwirklichen²⁴⁴. Das Organisationsrecht der Verfassung wird durch das Verwaltungsrecht als subkonstitutionelles Recht konkretisiert: Es umschreibt die Verwaltungstätigkeit, legt die Organisation der Verwaltungsträger fest, definiert die Rechte und Pflichten der Betroffenen und ordnet das Verfahren²⁴⁵. Somit steuert das Verwaltungsrecht die administrative Erfüllung der dem Staat zugewiesenen Aufgaben durch das Gemeinwesen und dient der Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Das Verwaltungsrecht ist als öffentliches Recht zwingender Natur. Seine Anwendung erfolgt grundsätzlich von Amtes wegen²⁴⁶. Der Rechtsschutz ist ausgeprägt und in speziellen Erlas-

²⁴¹ NÖTZLI, S. 16.

²⁴² Vgl. JUD, S. 26; NÖTZLI, S. 16.

²⁴³ DONATSCH, S. 9; vgl. ferner HAFNER, S. 484 ff.; JAAG, S. 439 f.

²⁴⁴ HÄFELIN/HALLER, Rz. 1 f.

²⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 86 f.; LIENHARD, S. 119 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 7.

²⁴⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 88; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 7.

sen geregelt²⁴⁷. Das gesamte Verwaltungsrecht wird nach herrschender Lehre und Praxis durch fünf Grundprinzipien geprägt, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt²⁴⁸: die Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot, das öffentliche Interesse, die Verhältnismässigkeit und der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben²⁴⁹.

Teil des besonderen Verwaltungsrechts²⁵⁰ ist das öffentliche Dienstrecht, welches das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Angestellten regelt. Die Anstellung ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil die Staatsangestellten für das Gemeinwesen tätig sind. Staatsangestellte repräsentieren den Staat und handeln in seinem Namen, weswegen sie oft mit ausserordentlichen Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger versehen sind²⁵¹. Dies erfordert, dass der Staat eine verstärkte Befehlsgewalt über seine Funktionäre ausüben kann, was sich in den oftmals über die durch ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründeten Amtspflichten²⁵² offenbart. Das Verhältnis Staat-Mitarbeitende zeichnet sich somit durch eine besonders nahe und enge Rechtsbeziehung aus, weshalb es besonderes Rechtsverhältnis oder Sonderstatusverhältnis genannt wird²⁵³. Das öffentliche Dienstrecht soll aber nicht nur die rechtlichen Voraussetzungen für die effiziente und gerechte Erfüllung der Verwaltungspflicht bei den Staatsangestellten gewährleisten, sondern soll auch sicherstellen, dass die Grundrechte der Funktionäre nicht unnötig eingeschränkt werden²⁵⁴.

Das Dienstverhältnis zwischen dem Staat und seinen Angestellten wurde erstmals 1927 mit dem Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Beamtengesetz, BtG) kodifiziert. Dieses Gesetz wurde nach einer grundlegenden Erneuerung am 24. März 2000 durch das Bundespersonalgesetz (BPG) abgelöst. Auch auf kantonaler Ebene werden seit den 1990er Jahren die Personalgesetze modernisiert, indem die Idee der wirkungsorientierten

²⁴⁷ So z.B. in folgenden Bundesgesetzen: Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) (SR 173.110); Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) (SR 173.32); Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) (SR 172.021).

²⁴⁸ Vgl. dazu Botschaft BV, BBl 1997 131 ff.

²⁴⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 98; vgl. dazu auch ausführlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER S. 127 ff.

²⁵⁰ Das besondere Verwaltungsrecht umfasst alle Erlasse, welche die Besorgung der einzelnen Staatsaufgaben regeln. Dabei darf der Gesetzgeber in den besonderen Sacherlassen vom allgemeinen Verwaltungsrecht abweichen, solange er innerhalb der Schranken der Verfassung legiferiert. Vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 13.

²⁵¹ Die rechtmässige und legitime Ausübung der Staatsgewalt erlaubt den Einsatz von staatlichen Zwangsmitteln auch gegen den Willen, die Interessen und sogar den physischen Widerstand der Rechtsunterworfenen. Vgl. MAYHALL, S. 203 f.; siehe zur staatlichen Gewaltanwendung auch Art. 200 StPO.

²⁵² So z.B. die Wahrung des Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis (Art. 22 BPG); die Treuepflicht (Art. 20 BPG), die Bewilligungspflicht bei Nebenbeschäftigungen (Art. 23 BPG) etc.

²⁵³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 7; grundlegend dazu MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis; vgl. dazu Kap. 2 Ziff. 2.

²⁵⁴ FLEINER, Verwaltungsrecht, S. 429; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 478 f. und Rz. 1549.

Verwaltungsführung (New Public Management, NPM) umgesetzt wird²⁵⁵. Ziel des NPMs ist eine grundlegende Modernisierung der Verwaltung. Schwerpunkte bilden unter anderem die Trennung von politischer Zielverantwortung und administrativer Managementverantwortung sowie die Stärkung der Eigenverantwortung und Autonomie von Regierung und Verwaltung²⁵⁶; beides Kernpunkte, die sich auf die disziplinarische Verantwortlichkeit und das Disziplinarrecht auswirken.

4.2 *Rechtsentwicklung des öffentlichen Dienstrechts*

Unter dem Begriff ‚Rechtsquellen‘ sind die verschiedenen Formen zu verstehen, in denen das (objektive) Recht bzw. die Rechtssätze entstehen und in Erscheinung treten²⁵⁷. Die wichtigste und häufigste Rechtsquelle des modernen Staates ist das Gesetz; es beruht auf der Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates und gilt als das zentrale Steuerungsinstrument des Rechtsstaates²⁵⁸. Obwohl es neben der Verfassung und den Gesetzen eine Vielzahl anderer Rechtsquellen gibt, kann nicht Anspruch vorliegender Arbeit sein, die Geschichte des Disziplinarrechts aller Normstufen ausführlich und rechtshistorisch vertieft darzustellen. Vielmehr soll genügen, einen summarischen Abriss über die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungsetappen aufzuzeigen. Die folgende chronologische Darstellung zeigt die Entwicklung der gesetzlichen Regelung der disziplinarischen Verantwortlichkeit auf Bundesebene und im Kanton Zürich und veranschaulicht dadurch die Zersplitterung des Disziplinarrechtes.

4.2.1 *Bundesrecht*

4.2.1.1 *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 (altVG)*

In der Schweiz kann erst seit dem Jahre 1848 von Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Disziplinarstrafrecht des Bundes gesprochen werden. Damals wurde in Art. 110 der Bundesverfassung festgehalten, dass die Beamten der Eidgenossenschaft für ihre Geschäftsführung verantwortlich seien und dass ein Bundesgesetz diese Verantwortlichkeit näher bestimmen soll. In der Folge erliess der Gesetzgeber 1850 das Verantwortlichkeitsgesetz, in welchem die disziplinarische Verantwortlichkeit erstmals gesetzlich verankert wurde²⁵⁹. Begründet wurde

²⁵⁵ NÖTZLI, S. 8 ff., vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.

²⁵⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER S. 41; vgl. dazu auch MARTI, S. 33 ff.

²⁵⁷ RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 80.

²⁵⁸ RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 80.

²⁵⁹ Erste Ansätze gesetzlicher disziplinarischer Regelung fanden sich allerdings bereits 1849 in den Organisationsgesetzen der Postverwaltung, dem Zollwesen, sowie der Bundesrechtspflege. LETSCH, S. 2.

die Verantwortlichkeit durch Verübung von Verbrechen und Vergehen in der Amtsführung, sowie durch Übertretung der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder Reglemente (Art. 4 altVG). Mögliche Folgen waren die disziplinarische Verfügung, die Zivilklage und die Kriminalstrafe (Art. 5 altVG). Disziplinarstrafen wurden vom Bundesrat ausgesprochen, wenn Beamte sich fortgesetzter Nachlässigkeit, offenbarer Pflichtversäumnis oder wiederholter leichter Übertretungen der Gesetze oder Reglemente schuldig gemacht hatten (Art. 37 altVG). Disziplinarstrafen konnten nur nach vorgängiger Untersuchung und Anhörung der Beteiligten ausgesprochen werden (Art. 38 altVG). Der Bundesrat amtierte als oberste Disziplinarbehörde und galt formell als letzte Instanz für die Weiterziehung von Disziplinarverfügungen. Dies deshalb, weil dem Bundesrat verfassungsmässig die Aufsicht über die Geschäftsführung aller Beamten und Angestellten der eidgenössischen Verwaltung oblag²⁶⁰.

Im Laufe der Zeit wurde die Disziplinarordnung des Verantwortlichkeitsgesetzes von den einzelnen Abteilungen der Bundesverwaltung durch zahlreiche Organisationsgesetze, Verordnungen und Reglemente erheblich modifiziert²⁶¹. Nichtsdestotrotz vermochten die Regelungen den Rechtsschutz der Staatsangestellten nicht zu gewährleisten. Das Disziplinarrecht zeichnete sich durch eine grosse Zersplitterung aus und „gegen die sehr primitive Regelung des formellen Disziplinarrechts [erhob sich] in den Kreisen der Bundesbeamten lebhaftere Opposition.“²⁶² Beanstandet wurden die Verschiedenheit und Unvollständigkeit der in den diversen Gesetzen, Verordnungen und Reglementen enthaltenen Vorschriften bezüglich der Disziplinarkompetenz, der Disziplinarverfahren und der Disziplinarstrafen²⁶³. Bis zur Verbesserung des Rechtsschutzes durch das Beamtengesetz und die gesetzliche Verankerung der Disziplinarrechtspflege dauerte es allerdings fast 80 Jahre.

4.2.1.2 Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 (BtG)

Die Beamten verlangten nicht nur einen besseren Rechtsschutz durch die gesetzliche Verankerung der Disziplinargerichtsbarkeit, sondern forderten gleichzeitig ein einheitliches Beamtengesetz²⁶⁴. Die bisherige Gesetzgebung ordnete das Dienstverhältnis des Bundespersonals lückenhaft; die Kodifikation war ebenso unübersichtlich wie unzureichend. Dazu kam, dass wegen der erheblichen Verteuerung der Lebenskosten die festgelegten Besoldungen den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen angepasst werden mussten. Somit sollte das neue

²⁶⁰ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 112.

²⁶¹ LETSCH, S. 3.

²⁶² LETSCH, S. 4.

²⁶³ LETSCH, S. 15 ff.

²⁶⁴ LETSCH, S. 20 ff.

Beamten-gesetz die Besoldungen ordnen, die Rechte und Pflichten des Staates und des Personals festlegen, sowie die Anstellungsbedingungen regeln, damit der nötige Schutz bei der Ausübung der gegenseitigen Rechte gewährleistet sei²⁶⁵. Ziel war, eine Art Personalstatut zu erlassen, in welchem das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten geordnet und die Rechtsgrundlage für die Regelung der Beziehungen aller übrigen Dienstpflichtigen zum staatlichen Arbeitgeber geschaffen werden konnte. Die Durchführung der im Gesetzesentwurf niedergelegten Grundsätze sollte den vollziehenden Behörden anvertraut werden; das Gesetz sollte einheitlich vollzogen, gleichzeitig aber sollte der Verwaltung und den Dienstzweigen die nötige Bewegungsfreiheit gewährt werden²⁶⁶.

Auch die Regelung der disziplinarischen Verantwortlichkeit war Gegenstand des Beamten-gesetzes. Die Disziplinarordnung sollte

„der Verwaltung das Mittel an die Hand geben, den Beamten, der gegen ihre innere Ordnung verstösst, künftig zu pflichtgemäsem Handeln anzuhalten oder ihn aus der Verwaltung aus-zumerzen, wenn in Ansehung der Schwere des pflichtwidrigen Handelns oder Unterlassens die Erreichung dieses Zweckes nach dem Ermessen der zuständigen Disziplinarbehörde ausge-schlossen scheint.“²⁶⁷

Bis zu diesem Zeitpunkt fehlte es im Disziplinarstrafensystem an einer einheitlichen, umfas-senden und zweckmässigen Ordnung. Konkret mangelte es an Vorschriften über die Durch-führung der Untersuchung, die Rechte der Beschuldigten, die Zuständigkeiten sowie die Wei-terziehung der Disziplinarentscheide und die Rekursinstanzen²⁶⁸. Während die Einführung der unabhängigen Rechtsschutzinstanz Gegenstand des Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege sein sollte, war Ziel des Beamten-gesetzes, Verfah-rensprinzipien aufzustellen, die dem Beamten bessere Gewähr für die objektive Handha-bung der Disziplinarrechtspflege innerhalb der Verwaltung bieten sollte. Gemeint waren da-mit der Erlass von Grundsätzen über die Anordnung der Voruntersuchung, die Aufklärung des Beschuldigten über die ihm zur Last gelegten Dienstpflichtverletzungen, das rechtliche Gehör und die ausreichende Verteidigung²⁶⁹. Die Grundsätze wurden im Abschnitt IV in den Artikeln 30 bis 34 des Beamten-gesetzes verankert. Damit die verschiedenen Verhältnisse hinsichtlich der Organisationen und der verwaltungsrechtlichen Selbständigkeit einzelner

²⁶⁵ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 6; vgl. LETSCH, S. 20.

²⁶⁶ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 112 f.

²⁶⁷ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 110.

²⁶⁸ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 111.

²⁶⁹ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 112 f. Die Schaffung der Disziplinar-kommissionen wurde in Art. 43 des Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege geregelt. Vgl. dazu WARTMANN CARL, Die eidgenössische Disziplinargerichtsbarkeit im allgemeinen und die eidgenössischen Disziplinar-kommissionen im besonderen, in: Verwaltungs-Praxis 1958, S. 1 ff.

Dienstzweige, Anstalten und Betrieben Rechnung getragen werden konnte, wurde der Bundesrat bevollmächtigt, seine Disziplinarbefugnis nachgeordneten Amtsstellen zu übertragen, was die Schaffung von Disziplinarkommissionen ermöglichte.

4.2.1.3 Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 (VDG)

Bereits im Jahre 1911 bemerkte der Bundesrat, dass die Schaffung einer unabhängigen Disziplinargerichtsbarkeit ein dringendes Postulat des öffentlichen Lebens geworden war²⁷⁰. Er stellte fest, dass über den Mangel an Kontinuität und Gleichmässigkeit in der Anwendung der Disziplinarstrafen geklagt wurde, hielt aber fest, dass dieser Mangel durch entsprechende materielle Disziplinarvorschriften in einem Beamtengesetz behoben werden musste. Das erhebliche Misstrauen zwischen Staat und Beamtenschaft bezüglich der Objektivität, Unbefangenheit und Billigkeit der Disziplinarentscheide war indessen Gegenstand des Disziplinarverfahrens und der Disziplinargerichtsbarkeit²⁷¹. Der unbefriedigende Zustand musste behoben werden, war doch der Bundesrat der Meinung, dass „der befriedigende Gang der Verwaltungsmaschine“ zum guten Teil „von dem Gefühle gegenseitigen Vertrauens zwischen Verwaltung und Beamtenschaft abhängt.“²⁷² In der Folge wurde 1914 in Art. 114^{bis} Abs. 2 der Bundesverfassung unter dem Titel „Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit“ verankert, dass dem Verwaltungsgericht auch die Beurteilung von Disziplinarfällen der Bundesverwaltung zustehe, die ihm durch die Bundesgesetzgebung zugewiesen werde, soweit dafür nicht eine besondere Gerichtsbarkeit geschaffen wird²⁷³.

Das entsprechende Vollzugsgesetz wurde 1928 mit dem Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (VDG) geschaffen. In den Artikeln 33 ff. VDG wurde die eidgenössische Disziplinargerichtsbarkeit dem Bundesgericht übertragen. Der Vorteil der Disziplinargerichtsbarkeit beruhte darauf, dass gegen ungerechte Behandlung eine ausserhalb der Verwaltung stehende und von ihr unabhängige Instanz in einem Rechtsstreit entschied²⁷⁴. Die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht beschränkte sich allerdings auf Verfügungen, durch die ein Bundesbeamter während der Amtsdauer wegen Verletzung seiner Dienstpflichten entlassen oder in das provisorische Dienstverhältnis versetzt wurde. Begründet wurde der Entscheid des Bundesrates damit, dass es weder mit der Stellung des Bundesgerichtes noch mit einem geordneten Gang der Verwaltung verträglich wäre,

²⁷⁰ Botschaft Errichtung Verwaltungsgericht, BBl 1911 V 346.

²⁷¹ Botschaft Errichtung Verwaltungsgericht, BBl 1911 V 346.

²⁷² Botschaft Errichtung Verwaltungsgericht, BBl 1911 V 346.

²⁷³ Botschaft Errichtung Verwaltungsgericht, BBl 1911 V 347.

²⁷⁴ Botschaft Disziplinarrechtspflege, BBl 1925 II 255.

wenn leichte und mittlere Disziplinarmassregeln vom Bundesgericht überprüft würden²⁷⁵. Folglich blieb die Disziplinarrechtspflege in der Bundesverwaltung bestehen. Sie umfasste einerseits die endgültige von Verwaltungsorganen beurteilten Dienstpflichtverletzungen, andererseits das Verfahren innerhalb der Verwaltung hinsichtlich der Fälle, in welchen die Beschwerde ans Bundesgericht gegeben war, also bei disziplinarischer Entlassung oder der Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis. Auch die Disziplinarrechtspflege in der Verwaltung setzte die Anhörung des beschuldigten Beamten in einem geordneten Verfahren voraus, indes fehlten ihr die für den Begriff der Gerichtsbarkeit wesentlichen Entscheidungskompetenzen einer mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörde²⁷⁶.

4.2.1.4 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG)

Das Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 wurde Bestandteil des am 1. Januar 1945 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG). Im sechsten Titel, den Artikeln 117 ff. OG, wurde die Disziplinarrechtspflege durch das Bundesgericht und im Art. 135 OG die Disziplinarkommissionen geregelt. Die bisherige Ordnung des Rechtspflegegesetzes wurde beibehalten, jedoch wurden die Geschäfte der Kammer für Beamtensachen von der verwaltungsrechtlichen Kammer übernommen²⁷⁷.

Im Laufe der Zeit wurden die Sonderregelungen des Bundespersonals sukzessiv abgeschafft. Eine wesentliche Änderung erfuhr das Disziplinarrecht mit der Revision des OG vom 4. Oktober 1991: Das Bundesgericht wurde bei Disziplinarmaßnahmen gegen das Bundespersonal von der Angemessenheitskontrolle entlastet, soweit nicht der Bundesrat als erste Instanz verfügte. Die Angemessenheitskontrolle sollte künftig von der als unabhängiges Gericht ausgestatteten Personalrekurskommission ausgeübt werden²⁷⁸.

In der letzten Fassung des OG vom 20. Juni 2006 waren nur noch vereinzelte Sonderbestimmungen des Disziplinarrechts in Kraft. Diese regelten den Ausschluss der Öffentlichkeit

²⁷⁵ Botschaft Disziplinarrechtspflege, BBl 1925 II 256.

²⁷⁶ Botschaft Disziplinarrechtspflege, BBl 1925 II 263 f.

²⁷⁷ Botschaft OG Bundesrechtspflege, BBl 1943 I 145 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 228.

²⁷⁸ Botschaft Änderung OG, BBl 1991 II 496 f. Die Personalrekurskommission war gegenüber dem Parlament, der Regierung und den Verwaltungsbehörden sachlich, organisatorisch und personell unabhängig. Sie war in ihren Entscheidungen nicht an Weisungen einer anderen Gewalt gebunden und ihre Urteile durften weder von der Legislative noch von der Exekutive aufgehoben oder abgeändert werden. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1857. Anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege von 2005 wurde die Personalrekurskommission abgeschafft. Das auf den 1. Januar 2007 neu errichtete Bundesverwaltungsgericht übernahm die Rechtsprechungsfunktionen der über 30 Rekurs- und Schiedskommissionen, die bis Ende 2006 als richterliche Vorinstanzen des Bundesgerichts agierten. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 387.

(Art. 17 OG), die Zusprechung von Entschädigungen bei ungerechtfertigter disziplinarischer Auflösung des Dienstverhältnisses von Bundesangestellten (Art. 114 Abs. 3 OG), die Kostenpflicht (Art. 156 Abs. 5 OG) sowie die Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 4 OG). Am 1. Januar 2007 wurde das OG durch das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) abgelöst. Die Restbestimmungen des Disziplinarwesens wurden im BGG nicht mehr aufgenommen.

4.2.1.5 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (VG)

1958 trat ein neues Verantwortlichkeitsgesetz (VG) in Kraft. Die wichtigsten Neuerungen waren,

- die Übernahme der Haftung durch den Bund für den Schaden, den einer seiner Beamten einem Dritten in widerrechtlicher Weise zufügte;
- die mögliche Anrufung des Entscheides des Bundesgerichtes, wenn das als erste Instanz vorgesehene Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Ermächtigung zu einer Strafverfolgung verweigerte; sowie
- die Festlegung des Geltungsbereiches auf alle Bundesbeamte²⁷⁹.

Ferner wurde die Regelung der disziplinarischen Verantwortlichkeit auf drei Artikel (Art. 17, 18 und 22 VG) beschränkt. In Art. 17 VG wurde festgehalten, dass sich die disziplinarische Verantwortlichkeit der diesem Gesetz unterstellten Personen nach den für sie geltenden besonderen Bestimmungen richtet. Der Bundesrat führt in der Botschaft aus, die disziplinarische Verantwortlichkeit bliebe mehr der Vollständigkeit halber im Verantwortlichkeitsgesetz verankert, da das neue Gesetz die in den speziellen Erlassen, wie hauptsächlich dem Beamtenengesetz, der Beamtenordnungen, der Angestelltenordnung und der Arbeiterordnung, enthaltenen Vorschriften nicht abändern wolle²⁸⁰. Die die disziplinarische Verantwortlichkeit regelnden Artikel 17, 18 und 22 VG sind noch heute mit gleichem Wortlaut in Kraft. Ersetzt wurde 1986 in Art. 18 VG lediglich zweimal das Wort (disziplinarische) *Bestrafung* durch (disziplinarische) *Massnahme*.

4.2.1.6 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG)

Durch das Bundespersonalgesetz (BPG) wurde das öffentliche Dienstrecht einer grundlegenden Neuerung unterzogen; durch die im BPG festgelegten rechtlichen Leitplanken sollte ein kultureller Wandel im Personalmanagement der Verwaltung initiiert werden. Der Umbruch in

²⁷⁹ Botschaft Verantwortlichkeitsgesetz, BBl 1956 I 1397 ff.

²⁸⁰ Botschaft Verantwortlichkeitsgesetz, BBl 1956 I 1398.

Wirtschaft und Gesellschaft erforderte auch vom Staat Reformbereitschaft. Um sich als attraktiven, konkurrenzfähigen und sozialen Arbeitgeber positionieren zu können, brauchte es ein modernes und dynamisches Personalmanagement, weshalb ein Gesetz mit den folgenden drei Hauptzielen erarbeitet wurde: Das BPG musste Veränderungsprozesse in der Verwaltung und in den Unternehmungen unterstützen, wirtschaftliche Arbeitsweisen ermöglichen und eine lernfördernde Kultur begünstigen²⁸¹. Um eine teilweise Flexibilisierung der Anstellungsverhältnisse zu erlangen, näherte sich das BPG dem schweizerischen Obligationenrecht (OR) an, während der Status des Bundespersonals öffentlich-rechtlich bleiben sollte²⁸². Diese Angleichung des staatlichen Dienstrechts an das im Obligationenrecht geregelte arbeitsrechtliche Anstellungsverhältnis erwies sich als eines der wesentlichen Reformpostulate des New Public Managements²⁸³. Die Forderung nach wirkungsorientierter Verwaltungsführung zielte im öffentlichen Personalrecht primär auf eine höhere Flexibilität und vermehrte Leistungsorientierung ab. Konkret bedeutete dies die Abschaffung des Beamtenstatus, Gehaltssysteme mit Leistungsanreizen, unternehmerische Verantwortung der Führungsebene, modernes Personalmanagement, offene Pflichtenhefte und flexible Arbeitsbedingungen²⁸⁴. Als weitere vom New Public Management geprägte Erfolgselemente in der Personalführung nennt LIENHARD: „flache Hierarchien, Zielorientierung, Zielvereinbarungen, Mitbestimmung, Fehlertoleranz, Kritikkultur, projektspezifische Teambildung, Entwicklungs- und Weiterbildungsmöglichkeiten, Förderungsprogramme (...), individuelle Gestaltung der Arbeitszeit und eine neue Selbstständigkeit.“²⁸⁵ Ziel des Bundespersonalgesetzes ist, die Vorgaben des New Public Managements umzusetzen.

Grundsätzliches zur Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten regelt gegenwärtig Art. 25 BPG:

²⁸¹ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1598; vgl. ferner NÖTZLI, S. 8 ff.

²⁸² Der Bund, die Kantone und die Gemeinden sind wegen ihrer Organisationsautonomie befugt, das Arbeitsverhältnis ihres Personals je autonom zu regeln bzw. es einem vom OR abweichenden ‚Beamtenrecht‘ zu unterstellen, sie müssen aber nicht. HELBLING PETER, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, in: AJP 3/2004, S. 242 ff.; vgl. ferner MICHEL, S. 194 ff. Kritisch dazu DONATSCH, S. 9: Eine Unterstellung der öffentlichen Arbeitsverhältnisse unter das Obligationenrecht lässt sich mit einer verfassungskonformen Regelung des öffentlichen Dienstrechts seines Erachtens nicht vereinbaren. Würden die Arbeitsverhältnisse dem Privatrecht unterstellt, so würden sie dennoch von öffentlich-rechtlichen Vorschriften überlagert, sodass von einer echten Unterstellung nicht die Rede sein könnte.

²⁸³ HAFNER FELIX, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 183.

²⁸⁴ RICHLI, Personalrecht, S. 108; vgl. ferner LIENHARD, S. 35.

²⁸⁵ LIENHARD, S. 35.

Art. 25 Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten

¹ Die Ausführungsbestimmungen regeln die Massnahmen, welche nach der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder sicherstellen.

² Bei Fahrlässigkeit können sie als Massnahmen die Verwarnung, den Verweis oder die Änderung des Aufgabenkreises vorsehen.

³ Bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit können sie zudem die Lohnkürzung, die Busse sowie die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes vorsehen.

In der Botschaft zur Gesetzesrevision führt der Bundesrat aus, dass Art. 25 E-BPG dem bisherigen Disziplinarrecht eine Zweckorientierung verleihe: „Die Massnahmen müssen immer auf die Wiederherstellung bzw. Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs ausgerichtet sein, d.h. sie haben nicht pönalen, sondern lenkenden Charakter.“²⁸⁶ In der Botschaft wird darauf hingewiesen, dass die Liste der Massnahmen (Verwarnung, Verweis, Änderung des Aufgabenkreises, Lohnkürzung, Busse, Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes) nicht abschliessend sei und der Bundesrat gestützt auf Art. 25 Abs. 4 E-BPG²⁸⁷ den Arbeitgebern weitere Massnahmen zur Verfügung stellen könne. Absatz 4 wurde jedoch anlässlich der nationalrätlichen Debatte²⁸⁸ gestrichen, was dazu führte, dass die Massnahmen in Art. 25 BPG abschliessend geregelt werden. Die im Absatz 1 erwähnten Ausführungsbestimmungen sind in der Bundespersonalverordnung zu finden: Kapitel 6 regelt die Disziplinaruntersuchung (Art. 98 BPV), die Disziplinar massnahmen (Art. 99 BPV), die Verjährung (Art. 100 BPV), die Freistellung vom Dienst (Art. 103 BPV) sowie die Beschwerde (Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BPG).

In Art. 26 BPG werden die vorsorglichen Massnahmen geregelt. Der Arbeitgeber kann ein Arbeitsverhältnis einstellen sowie den Lohn und weitere Leistungen kürzen oder streichen, wenn ein Mitarbeitender den Vollzug von Aufgaben gefährdet.

Folgendes Schema zeigt tabellarisch die Rechtsentwicklung des Disziplinarrechts auf Bundesebene:

²⁸⁶ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

²⁸⁷ Art. 25 Abs. 4 lautete: Der Bundesrat kann weitere Massnahmen vorsehen.

²⁸⁸ Amtl. Bull. NR 1999 2100.

	BUNDESEBENE	vom	Ausser- krafttreten	Abgelöst durch	Relevante Artikel
Verantwortlichkeits- gesetz	BG über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten	9. Dezember 1850	14. März 1958	VG	Art. 4, Art. 5, Art. 37 – 39
	BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemit- glieder und Beamten	14. März 1958			Art. 17, Art. 18, Art. 22
Verfahrensrecht	BG über die eidgenössische Ver- waltungs- und Disziplinarrechts- pflege	11. Juni 1928	1. Januar 1945	OG	Art. 33 - 43
	BG über die Organisation der Bun- desrechtspflege	16. Dezember 1943	1. Januar 2007	BGG	Art. 117 – 123, Art. 135
Personal- recht	BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten	30. Juni 1927	1. August 2008	BPG	Art. 30 – 34
	Bundespersonalgesetz	24. März 2000			Art. 25, Art. 26

Abb. 3 Überblick der Rechtsentwicklung des Disziplinarrechts auf Bundesebene

Im Herbst 2008 schickte der Bundesrat einen Revisionsvorschlag des Bundespersonalgesetzes in die Vernehmlassung. Der Entwurf sah eine Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse und eine weitere Annäherung des Bundespersonalrechts an die Bestimmungen des Obligationenrechts vor. Der Vernehmlassungsentwurf wurde kontrovers aufgenommen, weshalb der Bundesrat im März 2010 entschied, die Teilrevision des Bundespersonalgesetzes bis zur Verabschiedung einer umfassenden Bundespersonalstrategie zurückzustellen. Im Dezember 2010 wurde daraufhin die „Personalstrategie Bundesverwaltung 2011 – 2015“²⁸⁹ verabschiedet. Das Disziplinarwesen bzw. das Verhalten bei Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten ist nicht Gegenstand der Personalstrategie. Nichtsdestotrotz sollen die Massnahmen der Arbeitgeber zur Sicherstellung des korrekten Aufgabenvollzuges (Art. 25 und 26 BPG) anlässlich der Teilrevision geändert werden. Der neue Art. 25 E-BPG fasst die Artikel 25 und 26 BPG zusammen. Die neue Norm soll klarer zielorientiert als das geltende Recht sein. Dabei visiert die Bestimmung nicht mehr primär reaktiv-repressive (Disziplinar-) Massnahmen an, sondern

²⁸⁹ EPA, Personalstrategie Bundesverwaltung 2011-2011; <http://www.epa.admin.ch/dokumentation/grundlagen/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 3. Febr. 2012)

auch aufbauende, zielführende Impulse, wie z.B. Coaching, Weiterbildung und organisatorische Massnahmen²⁹⁰.

Art. 25 E-BPG Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs

¹ Der Arbeitgeber trifft die für den geordneten Vollzug der Aufgaben nötigen Massnahmen.

² Er kann insbesondere folgende Massnahmen treffen:

- a. Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahmen;
- b. Verwarnung, Kürzung des Lohnes, Busse, Freistellung sowie Änderung des Aufgabenkreises, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes.

³ Er vereinbart die Massnahmen mit der angestellten Person schriftlich. Bei Uneinigkeit richtet sich das Verfahren nach den Artikeln 34 – 36.

Die Änderung im Disziplinarwesen soll den Parteien des Arbeitsverhältnisses für die Bestimmung der Massnahmen mehr Handlungsspielraum gewähren und erlauben, gezielter auf die im Einzelfall gegebene Situation zu reagieren²⁹¹. Die Revision ist derzeit noch im Gange²⁹².

4.2.2 Kantonaes Zürcher Recht

Am 1. Juli 1999 trat im Kanton Zürich das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) in Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt verfügte der Kanton Zürich über keine Rahmenregelung, die das Verhältnis der Staatsangestellten gesetzlich festhielt. Vielmehr war das Arbeitsverhältnis der Beamten in zahlreichen Verordnungen verankert, was dazu führte, dass eine durchgehende Systematik, Einheitlichkeit und Transparenz fehlten. Für die Staatsangestellten massgebend war die vom Kantonsrat genehmigte Beamtenverordnung (BVO) und die dazugehörige Vollziehungsbestimmung²⁹³, die sich an das Organisationsgesetz, das Gerichtsverfassungsgesetz und das Verwaltungsrechtspflegegesetz anlehnten²⁹⁴. Neben der BVO kannte das Personalrecht weitere vom Kantonsrat genehmigte Spezialverordnungen²⁹⁵, die sich wiederum auf die BVO stützten²⁹⁶. Das Disziplinarrecht war nur

²⁹⁰ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6719.

²⁹¹ EPA, Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung, <http://www.epa.admin.ch/themen/projekte/00493/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 3. Febr. 2012).

²⁹² Am 13. März 2012 verabschiedete der Ständerat (mehrheitlich im Sinne des Bundesrates) das Bundespersonalgesetz. Die Änderungen von Art. 25 und Art. 26 E-BPG wurden weder in Frage gestellt noch überhaupt diskutiert.

²⁹³ Beamtenverordnung vom 15. Mai 1991; Vollziehungsbestimmungen des Regierungsrats zur Beamtenverordnung vom 17. April 1991.

²⁹⁴ Organisationsgesetz vom 26. Februar 1899; Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976; Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959.

²⁹⁵ Beispielsweise die Verordnung zum Gesetz betreffend das Kantonspolizeikorps vom 8. Mai 1974, die Mittelschullehrerverordnung vom 7. Dezember 1988, sowie die Berufsschullehrerverordnung vom 1. Oktober 1986.

lückenhaft geregelt. Vereinzelt Normen fanden sich im Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen vom 30. Oktober 1866²⁹⁷ und im Gesetz über die Organisation und die Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 26. Februar 1899. Lediglich die Verordnung zum Gesetz betreffend das Kantonspolizeikorps vom 8. Mai 1974 enthielt ein neuzeitliches Disziplinarrecht²⁹⁸.

Ende der 60er, anfangs der 70er Jahre wurde erkannt, dass es sich beim Arbeitsverhältnis von Staatsangestellten um ein tragendes Element des Staatswesens handelt, welches aufgrund seiner Wichtigkeit auf Gesetzesstufe geregelt werden sollte. In der Folge präsentierte der Regierungsrat 1980 einen Gesetzesentwurf über das Dienstverhältnis des Personals der Verwaltung und der Rechtspflege (Personalgesetz)²⁹⁹. In der Vorlage beanspruchte das Disziplinarrecht 17 Paragraphen. Der Regierungsrat erwartete, dass das neue, umfassende Disziplinarrecht der zuständigen Disziplinarbehörde die Mittel an die Hand geben würde, die es benötige, um den geordneten Geschäftsablauf sicherzustellen und die Interessen des Staates unter gleichzeitiger Berücksichtigung des angemessenen verfahrensmässigen Rechtsschutzes der Betroffenen zu wahren³⁰⁰. Die Gesetzesvorlage scheiterte 1982 in der Volksabstimmung, da der Gesetzesentwurf aufgrund der Änderungen in der kantonsrätlichen Kommission und im Kantonsrat stark umstritten war und von den Personalverbänden erfolgreich bekämpft wurde³⁰¹.

Im Herbst 1993 beauftragte der Regierungsrat des Kantons Zürich das Personalamt, erneut ein Personalgesetz zu entwerfen. Ausschlaggebend war die seit Jahren in der Schweiz feststellbare Tendenz, den Beamtenstatus abzuschaffen und das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis zu flexibilisieren. Um zu begründen, dass ein neues Personalrecht benötigt wurde, nutzte der Regierungsrat insbesondere die in der früheren Vorlage verwendeten Argumente: Oberstes Ziel einer umfassenden Personalpolitik müsse eine einheitliche Ordnung personalrechtlicher Gleichbehandlung der verschiedenen Personalgruppen unter vergleichbaren Voraussetzungen auf Gesetzesstufe sein. Ferner müsse das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis als Sonderstatusverhältnis zumindest in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinne

²⁹⁶ LANG, S. 50; RÜDY, Personalrecht, S. 25.

²⁹⁷ Das Gesetz vom 30. Oktober 1866 betreffend die Ordnungsstrafen (LS 312) ist heute noch in Kraft. Es regelt unter anderem weiterhin den Disziplinarfehler. Gemäss § 1 Abs. 2 sind vom Geltungsbereich allerdings die Personen ausgeschlossen, die dem Personalgesetz unterstehen.

²⁹⁸ Amb. ZH 1980, Weisung, S. 191.

²⁹⁹ Abl. ZH 1980, S. 169 ff.

³⁰⁰ Abl. ZH 1980, Weisung, S. 196; Abl. ZH 1982, Weisung, S. 249.

³⁰¹ LANG, S. 50; RÜDY, Personalrecht, S. 26. Abl. 1980, S. 169 ff.; Abl. ZH 1982, S. 226 ff.

geregelt sein. Weitere Gründe ergaben sich aus den Anforderungen an den Datenschutz und die Gleichstellung³⁰².

Als wesentlicher Grund, das öffentliche Arbeitsverhältnis auf Gesetzesstufe neu zu regeln, galt sowohl 1982 als auch 1993 das Bedürfnis, das Disziplinarrecht der Staatsangestellten zu kodifizieren. Der 1995 von der Arbeitsgruppe vorgelegte Gesetzesentwurf sah vor, das Disziplinarrecht in den §§ 57 – 68 des neuen Personalgesetzes zu normieren³⁰³. Die Artikel lehnten sich an den 1982 erarbeiteten ausführlichen Entwurf der disziplinarrechtlichen Normen an. Zahlreiche Vernehmlassungen zum Gesetzesentwurf sprachen sich aber gegen ein Disziplinarrecht aus, was der tendenziellen Abschaffung des Institutes auch in anderen Kantonen entsprach. Folglich wurde das Disziplinarrecht im Rahmen der Bereinigung der Gesetzesvorlage ersatzlos gestrichen. Am Institut des Verweises wurde festgehalten. Vorbehalten blieben die für einige Funktionen aufgrund von Bundesrecht gegebenen disziplinarischen Verantwortlichkeit wie beispielsweise diejenige der Notare. Den Gemeinden und anderen öffentlichen Körperschaften blieb freigestellt, ob sie das Disziplinarrecht für sich behalten wollten³⁰⁴.

In der Weisung zum Gesetzesentwurf begründet der Regierungsrat die Abschaffung des Disziplinarrechts wie folgt³⁰⁵: In erster Linie sei mit der Abschaffung der Amtsdauer die Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und seinen Angestellten gelockert und die Treuepflicht eingeschränkt. Folglich vermöge ein solcherart gelockertes Sonderstatusverhältnis kein Disziplinarrecht mehr zu rechtfertigen. Weiter sei das Disziplinarrecht aus praktischer Sicht entbehrlich, da genug andere Möglichkeiten zur Reaktion auf Arbeitspflichtverletzungen bestünden (fristlose Entlassung, Kündigung, Rückstufung, Versetzung, Verweis). Ein genügender Rechtsschutz sei dabei vorhanden. Ferner liessen sich Untersuchungen zum Schutz der Angestellten gegen Vorwürfe aus der Öffentlichkeit auch auf administrativem Weg vornehmen. Ebenfalls gefährde das Disziplinarrecht die mit der Abschaffung der Amtsdauer angestrebte Flexibilisierung. Weiter führt der Regierungsrat aus, dass die Umtriebe und Kosten der Disziplinarverfahren in keinem vertretbaren Verhältnis zum Nutzen des Disziplinarrechts stünden. Obendrein werde das Vertrauen in den ordnungsgemässen Gang der Verwaltung nicht durch die Möglichkeit der Disziplinierung erworben, sondern durch einen zielbewussten Aufbau der Motivation am Dienst für das Gemeinwesen. Nicht einzusehen sei ausserdem, warum parallel zu einem Strafverfahren noch ein Disziplinarverfahren geführt werden müsse. Zusätzlich sei der bisherige Zweck, mit dem Disziplinarverfahren den Rechtsschutz zu verbessern, mit dem

³⁰² LANG, S. 50 f. Abl. ZH 1980, Weisung, S. 189; Abl. ZH 1996, S. 1131 ff.

³⁰³ Vernehmlassungsentwurf vom 29. März 1995 (Staatsarchiv Zürich, W II 9.463).

³⁰⁴ LANG, S. 56; Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1158 f.

³⁰⁵ Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1131 ff.

Ausbau der Personalgerichtsbarkeit hinfällig. Überdies genüge das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, um den gegenüber der Privatwirtschaft bestehenden Besonderheiten des Staatsdienstes Rechnung zu tragen. Abschliessend weist der Regierungsrat darauf hin, dass sich in der Praxis der Dualismus zwischen disziplinarischer und administrativer Gründen für eine Auflösung des Dienstverhältnisses in zunehmendem Masse als komplizierend erweise³⁰⁶.

Bereits 1996 befürchtete der Regierungsrat, dass ohne Disziplinarverfahren in Fällen von Arbeitspflichtverletzungen ein spezielles Administrativverfahren geschaffen werden müsste, das doch wieder dem Disziplinarverfahren nachgebildet ist. Er verzichtete zum gegebenen Zeitpunkt allerdings auf ein besonders ausgestaltetes Administrativverfahren nach dem Vorbild des Disziplinarverfahrens und begründete, die allgemeinen Verfahrensbestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes würden genügen, um Staatsangestellten zu ermöglichen, sich gegen unberechtigte Vorwürfe von Dienstpflichtverletzungen zu wehren³⁰⁷.

4.3 Überblick kantonal Disziplinarrechtsordnungen

Eine Analyse gesetzlicher disziplinarrechtlicher Bestimmungen in Personalgesetzen, Personalverordnungen, Verantwortlichkeitsgesetzen, Polizeigesetzen und Polizeiverordnungen³⁰⁸ in den Kantonen lässt weder eine Systematik noch Einheitlichkeit erkennen, die Rückschlüsse auf den Regelungsbedarf ermöglichen. Während die Kantone Appenzell Innerrhoden, Bern, Basel Land, Graubünden, Jura, Obwalden, Solothurn und Zug in den obgenannten Gesetzen und Verordnungen auf disziplinarrechtliche Bestimmungen für Staatsangestellte verzichten, bleiben in den übrigen Kantonen Restbestimmungen bestehen. Während sich die Disziplinar-normen hinsichtlich der Regelungsdichte und Regelungsstufe³⁰⁹ erheblich voneinander unterscheiden, weicht der Inhalt des geregelten Gegenstandes nicht wesentlich voneinander ab.

³⁰⁶ Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f.

³⁰⁷ Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1158.

³⁰⁸ Das Polizeigesetz und die entsprechenden Verordnungen wurden exemplarisch für eine Berufsgruppe ausgewählt.

³⁰⁹ So regelt beispielsweise der Kanton Nidwalden in den Artikel 18 bis 21 des Personalgesetzes das interne Verfahren (Allgemeines, Verhältnis zu anderen Verfahren, vorläufige Freistellung sowie den schriftlichen Bericht). Gesetz vom 3. Juni 1998 über das öffentliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PersG) (165.1). Der Kanton Luzern dagegen regelt im Personalgesetz lediglich in § 13, dass beim Bestehen von Anhaltspunkten, die auf eine Dienstpflichtverletzung schliessen lassen, die zuständige Behörde zur Abklärung des Sachverhaltes eine Administrativuntersuchung einleiten kann. Gesetz vom 26. Juni 2001 über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) (Nr. 51). Im Kanton Basel-Stadt wird der Grundsatz der Arbeitspflichtverletzung im Personalgesetz verankert, während die Personalverordnung in den §§ 9 - 12 den Geltungsbereich, das rechtliche Gehör, die Formvorschriften sowie die Frist bei Kürzung des Lohnanspruches regeln. Personalgesetz vom 17. November 1999 (162.100); Verordnung vom 27. Juni 2000 zum Personalgesetz (162.110).

Der Kanton St. Gallen verfügt als einziger Kanton über ein eigenständiges Disziplinargesetz³¹⁰, welches allerdings vom neuen St. Galler Personalgesetz³¹¹, welches am 1. Juni 2012 in Kraft getreten ist, verdrängt wird. Während das Disziplinargesetz weiterhin für eine Reihe von gewählten Beamten anwendbar ist, gilt es für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons nur noch, soweit die besondere Gesetzgebung für diese anstelle der personalrechtlichen Massnahmen nach dem Personalgesetz die disziplinarische Verantwortlichkeit vorsieht³¹². Aber auch das neue Personalgesetz regelt in Kapitel 2 das Vorgehen bei Pflichtverletzungen. In den Artikeln 71 ff. Personalgesetz werden die Ermahnung und die Beanstandung sowie die Administrativuntersuchung geregelt. Weiter werden die Voraussetzungen und die Arten personalrechtlicher Massnahmen aufgeführt sowie die Stellungnahme der betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geregelt (Art. 75 – 77 PG).

³¹⁰ Gesetz vom 28. März 1974 über die disziplinarische Verantwortlichkeit der Behördemitglieder, Beamten und öffentlichen angestellten (Disziplinargesetz) (161.3).

³¹¹ Personalgesetz vom 25. Januar 2012 (143.1).

³¹² Art. 1 Disziplinargesetz SG

5 Rechtsschutz im Disziplinarwesen

Unter öffentlicher Rechtspflege wird die gesamte streitige und nichtstreitige Anwendung des öffentlichen Rechts durch Behörden verstanden. Konkret umfasst werden „die Gesamtheit der nach Form, Inhalt und Ausgestaltung unterschiedlichen Verfahren bei der Anwendung und Durchsetzung öffentlichrechtlicher Normen sowie bei der Beilegung von Streitigkeiten aus dem öffentlichen Recht“.³¹³ Um Individuen vor staatlichen Übergriffen in ihrer Rechtsstellung zu schützen, werden einerseits Rechtspflegeinstitutionen eingerichtet. Andererseits wird ein Verfahren bereitgestellt, das zu einer für alle Beteiligten massgeblichen definitiven Entscheidung führt und sicherstellt, dass das materielle Recht rechtskonform und rechtsgleich angewendet und durchgesetzt wird³¹⁴. Auch gelten in der öffentlichen Rechtspflege die verwaltungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze und Rechtsschutzgarantien wie beispielsweise der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren und der Anspruch auf rechtliches Gehör. Durch die öffentliche Rechtspflege werden rechtsstaatliche und demokratische Grundlagen geschützt und die Rechtsfortbildung durch die letztinstanzlichen Spruchkörper gewährleistet³¹⁵.

Die öffentliche Rechtspflege durch Verwaltungsbehörden ist im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) kodifiziert³¹⁶. Die gesetzlichen Form- und Verfahrensbestimmungen sind nicht Selbstzweck, sondern dienen der Durchsetzung des materiellen Rechts. Geregelt werden die Verfahren, die durch Verfügung von Behörden in erster Instanz oder auf Beschwerde hin zu erledigen sind. Die Normen bestimmen, wie sich das nichtstreitige und das streitige Verwaltungsverfahren abzuwickeln haben³¹⁷.

Die Rechtsschutzgarantie ist elementarer Bestandteil öffentlicher Rechtspflege. Art. 29a BV hält fest, dass jede Person Anspruch darauf hat, dass eine richterliche Behörde Rechtsstreitigkeiten beurteilt. Somit kommt dem Staat die Pflicht zu, staatliche Rechtsschutzeinrichtungen zur Verfügung zu stellen, die jeder Betroffene auch effektiv in Anspruch nehmen kann³¹⁸. Tor zum Verwaltungsrechtsschutz ist die Verfügung; wer gegen Handlungen eines Verwal-

³¹³ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 15.

³¹⁴ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 14 f.

³¹⁵ POLEDNA, Verfügung, S. 917 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 21 ff.

³¹⁶ Auf Bundesebene handelt es sich dabei um das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und im Kanton Zürich um das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2).

³¹⁷ So schreibt Art. 34 Abs. 1 BPG vor, dass bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, bei dem keine Einigung zu Stande kommt, der Arbeitgeber eine Verfügung zu erlassen hat. § 33 PG ZH regelt, dass sich der Weiterzug von personalrechtlichen Entscheidungen nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz richtet, soweit das PG nichts Abweichendes regelt.

³¹⁸ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 136.

tungsträgers Beschwerde führen will, muss ein Anfechtungsobjekt in Form einer Verfügung ausfindig machen oder erwirken³¹⁹. „Eine Verfügung ist die Anordnung einer Behörde, mit der im Einzelfall ein Rechtsverhältnis geregelt wird, in einseitiger und verbindlicher Weise, gestützt auf öffentliches Recht.“³²⁰ Verfügungen regeln Verwaltungsrechtsverhältnisse; sie bestimmen verbindlich, welche gesetzlichen Rechte und Pflichten dem einzelnen Betroffenen gegenüber dem Staat in einer konkreten Situation zukommen. Die Verfügung verschafft dem Verwaltungsträger das Privileg, Rechtsverhältnisse im Einzelfall hoheitlich und einseitig festzulegen; dadurch bewirkt sie individuelle Rechtssicherheit. Sie garantiert die Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns, besonders dessen Willkürfreiheit, Rechtsgleichheit und Grundrechtskonformität. Wird die Verfügung angefochten, geht es aufgrund ihrer Merkmale nicht nur um den Schutz subjektiver Rechte und Pflichten der Parteien, sondern vielmehr darum, die objektive Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen³²¹.

Folgend soll dargelegt werden, welche bundesrechtlichen und kantonalen Bestimmungen des Rechtsschutzes für das Disziplinarwesen bedeutend sind. Anschliessend wird aufgezeigt, welche Verfahren von disziplinarrechtlicher Relevanz ans Bundesgericht weitergezogen werden können.

5.1 Rechtsschutz auf Bundesebene

Können sich die Parteien in der Bundesverwaltung bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis nicht einigen, so erlässt der Arbeitgeber eine Verfügung (Art. 34 BPG). Die betroffene Person kann die Verfügung bei der internen Beschwerdeinstanz anfechten (Art. 35 BPG). Die Funktion der internen Beschwerdeinstanz wird oft vom Rechtsdienst des jeweiligen Departements wahrgenommen. Der Beschwerdeentscheid der internen Instanz kann an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden (Art. 36 BPG). Mit der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts wurde in den meisten Rechtsgebieten das erstinstanzliche interne richterliche Beschwerdeverfahren abgeschafft und anstelle davon das Bundesverwaltungsgericht als Erstinstanz bestimmt. Dies führte im Jahre 2006 zur Abschaffung der Eidgenössischen Personalrekurskommission.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von Behörden erlassen

³¹⁹ MOSER, S. 533; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 236.

³²⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 225.

³²¹ MOSER S. 541 ff.; POLEDNA, Verfügung, S. 918 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 226 ff.

wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt³²². Vor Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden: Die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie Unangemessenheit, wobei die Rüge der Unangemessenheit unzulässig ist, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 44 VwVG).

Die Teilrevision des Bundespersonalgesetzes sieht vor, dass Verfügungen des Arbeitgebers künftig direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können (Art. 36 Abs. 1 E-BPG). Damit soll die interne Beschwerdeinstanz aufgehoben werden, da dieser aufgrund der persönlichen und sachlichen Nähe zur Vorinstanz die notwendige Unabhängigkeit fehle, was immer wieder dazu geführt habe, die interne Beschwerdeinstanz zu überspringen³²³.

5.2 Rechtsschutz im Kanton Zürich

Gemäss § 19 VRG können Anordnungen, die ein Verfahren abschliessen, durch Rekurs an die obere Behörde weitergezogen werden. Bei Anordnungen einer Verwaltungseinheit bildet die Direktion die Rekursinstanz (§ 19 b. Abs. 2 b.1. VRG). Gerügt werden können Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensunterschreitung, unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung (§ 20 VRG).

Was unter ‚Anordnung‘ zu verstehen ist, definiert das Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht. Nach dem Willen des Gesetzgebers umfasst der Begriff sämtliche Entscheidungen, Verfügungen und Massnahmen einer Verwaltungsbehörde³²⁴. Mit ‚personalrechtlicher Anordnung‘ ist ein individueller, an Einzelne gerichteter Hoheitsakt der Behörde gemeint, durch welchen ein konkretes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis in verbindlicher Weise begründet, geändert oder beendet wird³²⁵. Der personalrechtlichen Anordnung gegenüber steht die interne oder organisatorische Anordnung, die die Situationen innerhalb der Verwaltung regelt. Während

³²² Eine Ausnahme in personalrechtlichen Angelegenheiten ist lediglich die Verfügung über leistungsabhängige Lohnanteile des Bundespersonals, soweit sie nicht die Gleichstellung der Geschlechter betreffen (Art. 32 Abs. 1 lit. c VGG).

³²³ Entwurf Botschaft BPG Teilrevision, S. 21.

³²⁴ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG N 1 ff. zu § 19. Bis zum 1. Juli 2010 wurde in den § 74 – 80 VRG die Beschwerde gegen personalrechtliche Anordnungen geregelt. Der Disziplinarrekurs war in § 76 VRG verankert. Der Rekurs gegen den Verweis war gesetzlich ausgeschlossen. Das Kapitel D. ‚Das Verwaltungsgericht als Personalgericht‘ wurde mit dem Gesetz vom 22. März 2010 über die Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts (OS 65, 390) angepasst.

³²⁵ KEISER, S. 199.

die interne Anordnung Rechtswirkung haben kann, so ist dies doch nicht ihr Zweck, weshalb sie auch nicht angefochten werden kann³²⁶. Allerdings ist nicht immer evident, wann es sich um eine personalrechtliche Anordnung oder um einen nicht anfechtbaren internen Verwaltungsakt handelt. In einem neuen Urteil grenzt das Bundesgericht anfechtbare Entscheide von internen Verwaltungsakten im Personalwesen ab:

„D’une part, l’acte interne n’a pas pour objet de régler la situation juridique d’un sujet de droit en tant que tel et, d’autre part, le destinataire en est l’administration elle-même, dans l’exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d’un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d’indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l’exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique.“³²⁷

Ausschlaggebend ist, ob Anordnungen den Betrieb der Verwaltung betreffen, oder ob sie die Rechte und Pflichten des Personals regeln. Sobald ein Realakt oder normativer Akt in die Rechtsstellung der Angestellten eingreift, muss eine personalrechtliche Anordnung ergehen. Rein organisatorische Anordnungen sowie Dienstbefehle und Weisungen fallen nicht darunter³²⁸. Obwohl Anweisungen von vorgesetzten Personen verbindlich und erzwingbar sind, kommt ihnen erst Verfügungscharakter zu, wenn mit der Anweisung auch die Rechtsstellung der betroffenen Personen geregelt wird³²⁹. Bedeutsam ist ferner, ob ein objektives Anfechtungsinteresse vorhanden ist; im Zweifelsfalle ist eine formelle Anordnung in Form einer Verfügung zu erlassen³³⁰. Beispiele von Dispositionen, denen Verfügungscharakter zukommt sind: „die Ausrichtung von einmaligen Leistungsprämien, die Gewährung von Zulagen, die Vergütung von Überstunden, individuelle Unterbrechung des Stufenaufstiegs oder Rückstufung, die Versetzung im Amt eines auf eine bestimmte Stelle gewählten Bediensteten, die Zuweisung einer wesentlichen anderen Tätigkeit, die Kündigung durch den Arbeitgeber, die sofortige administrative Entlassung, die vorzeitige Pensionierung.“³³¹

Die Entscheide der Rekursinstanz im Sinne von § 19 Abs. 1 VRG können vom Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz beurteilt werden. Mittels Beschwerde gerügt werden können Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder

³²⁶ BGE 136 I 323 E. 4.4 S. 329 = Pra 100 (2011) Nr. 36.

³²⁷ BGE 136 I 323 E. 4.4 S. 329 = Pra 100 (2011) Nr. 36.

³²⁸ POEDNA, Verfügung, S. 920.

³²⁹ POEDNA, Verfügung, S. 920.

³³⁰ KEISER, S. 199.

³³¹ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG N 6 zu § 74; vgl. ferner KEISER, S. 199 f.

Ermessensunterschreitung sowie unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes. Die Rüge der Unangemessenheit ist nur zulässig, wenn ein Gesetz dies vorsieht (§ 50 Abs. 2 VRG).

5.3 Rechtsschutz vor Bundesgericht

Die Zulässigkeit der Beschwerde für das eidgenössische und das kantonale öffentliche Arbeitsverhältnis richtet sich unterschiedslos nach Art. 83 lit. g BGG bzw. Art. 85 BGG³³². Gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts ist die öffentlich-rechtliche Beschwerde zulässig. Unzulässig ist die Beschwerde, wenn sie auf dem Gebiet des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit betrifft. Zulässig sind somit alle Beschwerden gegen Entscheide, die das Arbeitsverhältnis als solches betreffen, beziehungsweise die aus dem Verhältnis fliessenden Rechte und Pflichten, die im Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Angelegenheiten stehen. Gemeint sind beispielsweise der Lohn, die Arbeitszeit, Nebenpflichten wie das Verbot von Nebenbeschäftigungen, personalrechtliche Sanktionen, Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie der Regressanspruch des Staates für vom Arbeitnehmer verursachten Schaden³³³. Der Streitwert der Beschwerde darf nicht weniger als 15'000 Franken betragen. Stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ist die Beschwerde auch dann zulässig, wenn sie den Streitwert nicht erreicht.

Das Bundesgericht ist indes nicht uneingeschränkte Appellationsinstanz (Art. 189 BV). Frei geprüft wird die Rechtsfrage, was grundsätzlich der richtigen Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gleichkommt³³⁴. Das Bundesgericht prüft, ob Rechtsnormen entweder zu Unrecht nicht angewendet, zu Unrecht angewendet oder falsch angewendet wurden. Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gesteht das Bundesgericht den fach- oder ortskundigen Vorinstanzen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu³³⁵. Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist. Dabei weicht das Bundesgericht nicht schon von der vorinstanzlichen Sachverhaltsermittlung ab, wenn diese als zweifelhaft oder fraglich erscheint, sondern erst, wenn sie sich als qualifiziert unkorrekt erweist, was ungefähr mit der Willkürkognition verglichen werden kann³³⁶. Eine Ermessens-

³³² SEILER, Kommentar BGG, N 55 zu Art. 83.

³³³ SEILER, Kommentar BGG, N 58 zu Art. 83 und N 7 ff. zu Art. 85.

³³⁴ SEILER, Kommentar BGG, N 49 f. zu Art. 95.

³³⁵ Art. 95 BGG; SEILER, Kommentar BGG, N 9 zu Art. 95.

³³⁶ Art. 97 BGG; SEILER, Kommentar BGG, N 14 zu Art. 97.

prüfung durch das Bundesgericht ist ausgeschlossen. Als Rechtsfragen gelten gleichwohl Rechtsfehler bei der Ermessensausübung, namentlich beim Ermessensmissbrauch, bei der Ermessensüberschreitung und bei der Ermessensunterschreitung die vom Bundesgericht entsprechend geprüft werden können³³⁷.

Ist die ordentliche Beschwerde bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis unzulässig, kann eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden, mit der die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden kann (Art. 113 ff. BGG). Das Bundesgericht prüft die Verletzung verfassungsmässiger Rechte jedoch nur, wenn diese Rüge gemäss den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG ausdrücklich vorgebracht sowie klar und detailliert begründet wird³³⁸. Auf Massnahmen, die für die Betroffenen keine Nachteile erwirken, wie beispielsweise die Freistellung oder die vorläufige Dienstenthebung unter Lohnfortzahlung, tritt das Bundesgericht nicht ein³³⁹. Eingegangen ist das Bundesgericht aber auf eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen einen ausgesprochenen Verweis und den Entzug einer Leistungsfunktion, mit dem Ergebnis, dass die hoheitlichen Handlungen eine unzulässige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dargestellt habe, da der Betroffene die Treuepflicht nicht verletzt habe³⁴⁰.

5.4 Erkenntnisse

Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft gesetzten verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie wird jeder betroffenen Person bei Rechtsstreitigkeiten ein Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde garantiert (Art. 29a BV). Bis dahin wurde der Rechtsschutz in der Verwaltungsrechtspflege durch verwaltungsinterne Justizbehörden wahrgenommen. Heute wird anerkannt, dass ein qualifizierter Rechtsschutz nur durch unabhängige Gerichte wahrge-

³³⁷ SEILER, Kommentar BGG, N 50 zu Art. 95.

³³⁸ BGE 136 I 332 E. 2.1 S. 334; BGer vom 5.2.2009, 1C_406/2008 E. 1.2.2.

³³⁹ Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei einer vorläufigen Einstellung im Dienst um eine vorsorgliche Massnahme und keine Disziplinarstrafe, welche die Zeitspanne zwischen der Entdeckung eines allfälligen dienstrechtlichen Fehlverhaltens und dessen Sanktionierung erfasst. Folglich regelt die vorsorgliche Massnahme nichts endgültig und hat keine Auswirkung auf den Gang des weiteren Verfahrens. Das Verwaltungsgericht Zürich hingegen geht davon aus, dass eine Einstellung im Amt oder Freistellung unter bestimmten Umständen auch bei Lohnfortzahlung in die Rechte des Betroffenen eingreifen kann. Dabei kann die Freistellung oder Einstellung im Amt eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, VerG ZH vom 12.1.2011 PB.2010.00005 E. 1.4.

³⁴⁰ BGE 136 I 332 E. 3.3.7 S. 341.

nommen werden kann, was zu einer umfassenden Justizreform sowohl beim Bund als auch in den Kantonen führte³⁴¹.

Beim Bund und im Kanton Zürich ist sichergestellt, dass eine Verfügung erlassen wird, wenn es sich um einen individuellen, an einen Einzelnen gerichteten Hoheitsakt der Behörde handelt, durch welchen ein konkretes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis in verbindlicher Weise begründet, geändert oder beendet wird. Selbst bei der Verwarnung, der mildesten Disziplinarstrafe, handelt es sich gemäss dem Bundesgericht um einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der Betroffenen. Für den Rechtsschutz unbedeutend ist, in welchem Verfahren, ob in einem disziplinarrechtlichen oder einem personalrechtlichen, die Verfügung erlassen wird, da es keinen separaten Rechtsweg mehr für Disziplinarfälle gibt³⁴². Folglich ist der Rechtsweg bis vor (Bundes)Verwaltungsgericht gewährleistet, selbst beim Verweis, bei welchem der Rekurs vor der Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes im Kanton Zürich gesetzlich explizit ausgeschlossen war³⁴³. Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass der damalige gesetzliche Ausschluss des Rekurses gegen Verweise Art. 86 Abs. 2 Bundesgerichtsgesetz (BGG) widersprach, welcher vorschreibt, dass die Kantone als unmittelbare Vorinstanz obere Gerichte einsetzen, soweit nicht nach einem anderen Bundesgesetz Entscheide anderer richterlicher Behörden der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen³⁴⁴.

³⁴¹ KIENER/KÄLIN, S. 433 f.

³⁴² Beispielsweise wurde mit dem Gesetz vom 22. März 2010 über die Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts (OS 65, 390) der Disziplinarrekurs (§ 76 VRG) abgeschafft.

³⁴³ § 76 Abs. 2 aVRG.

³⁴⁴ Im Entscheid PB.2003.00041 vom 28.4.2003, E. 1.2 erachtete sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gestützt auf § 76 Abs. 2 aVRG noch als nicht zuständig für die Überprüfung von Verweisen.

3. Kapitel: Inhalt des Disziplinarrechts der Staatsangestellten

1 Gegenstand und Wesenszüge des Disziplinarrechts

1.1 Inhalt des Disziplinarrechts

Das Disziplinarrecht regelt, wann eine Arbeitspflichtverletzung vorliegt, wie sie aufgeklärt werden muss und welche disziplinare Reaktion darauf zu erfolgen hat. Bis in den 1980er Jahren wurde deutlich zwischen materiellem und formellem Disziplinarrecht unterschieden. Im Verlaufe der Zeit vermischten sich die Kategorien; die Abgrenzung verlor an Bedeutung. Grundsätzlich regelt das materielle Disziplinarrecht die Arbeitspflichten von Staatsangestellten und schafft somit die Voraussetzung, diese disziplinarisch zur Verantwortung zu ziehen; insofern dient es dazu, zu beurteilen, ob es sich bei einem Verhalten eines Staatsangestellten um eine Arbeitspflichtverletzung handelt. Zum materiellen Disziplinarrecht gehörten konkret Bestimmungen über die Dienstpflichtverletzung und das Verschulden, eine abschliessende Aufzählung der einzelnen Disziplinar massnahmen, Grundsätze für die Auswahl und Zumesung der Sanktionen sowie die Regelung der Verjährung³⁴⁵. Das materielle Disziplinarrecht ist in Personalgesetzen, Verantwortlichkeitsgesetzen, Polizeigesetzen, aber auch in Verordnungen, Weisungen und Dienstbefehlen geregelt³⁴⁶.

Demgegenüber dient das formelle Disziplinarrecht der Aufklärung und Verfolgung von Arbeitspflichtverletzungen. Zum formellen Disziplinarrecht gehörten konkret Bestimmungen über die Verfahrensleitung, die disziplinarische Untersuchung, die Verteidigungsrechte des Beschuldigten, die Disziplinarverfügung und das Beschwerdeverfahren sowie Bestimmungen über die Organisation der Disziplinarbehörden³⁴⁷. Für die Durchführung des Disziplinarverfahrens gelten grundsätzlich die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrenrechts, welche analog auf die Disziplinarartatbestände angewendet werden³⁴⁸.

³⁴⁵ BELLWALD, S. 20; HINTERBERGER, S. 31.

³⁴⁶ Beispiele materiellen Disziplinarrechts sind die Bewilligungspflicht bei Nebenbeschäftigungen, die Wahrung des Amtsgeheimnisses, das Geschenkannahmeverbot und die Treuepflicht. Vgl. dazu Art. 20 – 24 BPG sowie §§ 49 – 53 PG.

³⁴⁷ BELLWALD, S. 20; HINTERBERGER, S. 31.

³⁴⁸ Beispiele formellen Disziplinarrechts sind der Anspruch auf rechtliches Gehör und die Notwendigkeit, Verfügungen zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Vgl. dazu Art. 29 und 35 VwVG; für den Kanton Zürich siehe das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 24. Mai 1959.

1.2 Wesen und Zweck des Disziplinarrechts

Das Disziplinarrecht erfüllt sowohl gegenüber den Staatsangestellten, als auch gegenüber der Öffentlichkeit einen Zweck, der von demjenigen des Strafrechts divergiert, weshalb es sich beim Disziplinarrecht nicht um Spezialstrafrecht, sondern um Massnahmenrecht handelt, welches überdies lediglich für einen bestimmten Kreis von Staatsangehörigen zur Anwendung gelangt³⁴⁹: Das Disziplinarrecht bezweckt, das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung zu gewährleisten, die ungestörte und sachgemässe Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Interessen zu sichern, die Integrität und die Leistungsfähigkeit der Staatsangestellten sicherzustellen, das Vertrauen in die Verwaltung zu erhalten, sowie die Würde und das Ansehen des Amtes zu schützen³⁵⁰.

In erster Linie haben öffentlich Bedienstete den staatlichen Auftrag der Verwaltung umzusetzen, um dadurch die gesetzmässige Verwaltung zu sichern und zu erhalten³⁵¹. Eine einwandfreie Auftragserfüllung setzt voraus, dass auch innerhalb der organisierten Verwaltungszuständigkeiten die Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsanweisungen und dienstliche Anordnungen befolgt werden. Die Erfüllung der Arbeitspflichten stellt daher nicht Selbstzweck dar, sondern dient dazu, Verwaltungsziele zu verwirklichen.

Um bei einer Arbeitspflichtverletzung korrigierend eingreifen zu können, bedarf es neben entsprechender Massnahmen, die den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder sicherstellen eines Instruments, welches dem Fehlbaren gewisse Nachteile auferlegt, damit die Einhaltung der dienstlichen Verhaltensvorschriften sichergestellt und nachhaltig durchgesetzt werden kann³⁵². Ausgegangen wird von der Prämisse, „dass sich die betroffenen Personen durch die in Aussicht gestellten Nachteile bestimmen lassen, d.h. in einer konkreten Konfliktsituation der Einhaltung der Norm vor dem zu erwartenden Nachteil oder dem sonst entgehenden Vorteil den Vorzug geben.“³⁵³ Folglich soll das Disziplinarrecht sowohl spezial- als auch general-präventiv wirken: Fehlbare Staatsangestellte sollen vorbeugend von weiteren, sämtliche Staatsangestellte sollen im Allgemeinen von Arbeitspflichtverletzungen abgehalten werden. Ziel ist ausschliesslich die Wiederherstellung bzw. Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs, indem zukünftige Arbeitspflichtverletzungen verhindert werden sollen; Massnahmen

³⁴⁹ Statt vieler BELLWALD, S. 22; HÄNNI, Personalrecht, S. 89; HINTERBERGER, S. 47 ff.

³⁵⁰ BELLWALD, S. 22; HÄNNI, Personalrecht, S. 88; HAFNER, S. 496 ff.; HINTERBERGER, S. 31 ff.; RICHLI, Dienstrecht, S. 28; SCHIBLI, S. 131, STRATENWERTH, § 2 Rz. 46.

³⁵¹ HUMMEL/KÖHLER/MAYER, S. 71.

³⁵² HINTERBERGER, S. 39.

³⁵³ HINTERBERGER, S. 39.

kommt kein pöner, sondern ein lenkender Charakter zu³⁵⁴. Der Eingriff in die Rechte der Betroffenen stellt zwar ein Übel dar, ist aber nicht Selbstzweck sondern Mittel zum Zweck³⁵⁵. Das Disziplinarrecht ist ein Führungsinstrument, mit dem die dem Staat geschuldete Dienst- und Treuepflicht durchgesetzt wird. Gleichzeitig bezweckt das Disziplinarrecht, den Betroffenen ein faires Verfahren und einen adäquaten Rechtsschutz zu gewähren, um vor Rechtssungleichheit und Willkür zu schützen³⁵⁶.

1.3 Kritik am Disziplinarrecht

Das Disziplinarrecht galt traditionell als Mittel, fehlbare Beamte zu entfernen, was mittels disziplinarischer Entlassung möglich war. Als die Amtsdauer aufgelöst und der Beamtenstatus aufgehoben wurde, trat anstelle der disziplinarischen die administrative Entlassung, derer es an Massnahmencharakter fehlte, weshalb zur Entlassung kein Verschulden mehr notwendig war³⁵⁷. Da fortan das Arbeitsverhältnis innert kurzer Frist aufgelöst werden konnte, wurde ein spezielles Disziplinarverfahren nicht mehr als notwendig erachtet³⁵⁸. Auch im Bereich der restlichen disziplinarischen Massnahmen tendiert die neuere personalrechtliche Gesetzgebung zu deren Abschaffung oder zumindest deren Einschränkung.

Das Disziplinarrecht ist Teil der bürokratischen Verwaltung und hängt eng mit der hoheitlichen Staatstätigkeit³⁵⁹ zusammen. Durch die Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung wurde in Frage gestellt, ob das Disziplinarrecht noch sinnvoll, zweckmässig und zeitgemäss war³⁶⁰. Prinzipiell stehen Ideen des New Public Managements wie z.B. die allgemeine Lockerung der Bindung des Angestellten an den Staat, der Einbezug Mitarbeitender in den Entscheidungsprozess und die Gewichtung von Eigenverantwortung und leistungsorientiertem Handeln im Widerspruch zu einem durch Sanktionen und Rechtfertigungen dominierenden System und Führungsstil³⁶¹. Auch ist die Aufforderung zu einer lernförder-

³⁵⁴ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

³⁵⁵ Vgl. dazu RIKLIN, S. 68 f.

³⁵⁶ Statt vieler HINTERBERGER, S. 40; BELLWALD, S. 22.

³⁵⁷ HÄNNI, Personalrecht, S. 88; vgl. ferner DONATSCH, S. 1; POLEDNA, Entlassung, S. 53 f.

³⁵⁸ Vgl. LANG, S. 56; RÜDY, S. 164.

³⁵⁹ Die Kriterien, nach denen Lehre und Praxis das staatliche Handeln als hoheitlich bzw. nicht hoheitlich beurteilen, sind uneinheitlich. Vorliegend ist mit hoheitlicher Staatstätigkeit ein Subordinationsverhältnis gemeint: Der übergeordnete Staat ist aufgrund des hoheitlichen Verwaltungshandelns befugt, gegenüber Privaten Anordnungen zu erlassen und diese mittels Zwang durchzusetzen. Dabei dient das Disziplinarrecht dazu, vor Machtmissbrauch zu schützen und das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung zu gewährleisten.

³⁶⁰ Vgl. MICHEL, S. 103 ff.; RICHLI, Dienstrecht, S. 105 ff.; RÜDY, S. 164; SCHIBLI, S. 130 ff.

³⁶¹ Vgl. HÄNNI, Personalrecht, S. 88.

den Kultur, wie sie das New Public Management vorsieht, kaum ernst zu nehmen, würde jedes Fehlverhalten mit einem Disziplinarverfahren geahndet. Ferner stehen im Vordergrund des New Public Managements positive und negative Anreize³⁶², von denen ähnliche Wirkungen erhofft werden, wie von den Disziplinarmaßnahmen³⁶³.

Doch nicht nur die Einführung einer wirkungsorientierten Verwaltung gab Anlass, das Disziplinarrecht zu hinterfragen. Kritische Stimmen zweifelten seit längerem an der Rechtsstaatlichkeit des Disziplinarrechts: In erster Linie wurde als problematisch erachtet, dass die durch die Staatsangestellten einzuhaltende Treuepflicht nicht umfassend geregelt werden konnte. Überdies konnten Tatbestände, deren Erfüllung eine Disziplinarmaßnahme zur Folge hatte, nicht oder vielfach nur in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben werden. Weiter barg das der Verwaltung zustehende Opportunitätsprinzip bei Einleitung eines Verfahrens die Gefahr willkürlicher Behandlung; dies hatte unter anderem zur Folge, dass das Disziplinarrecht oftmals mit punitivem Charakter verwendet wurde. Ferner hatte sich das Disziplinarrecht in verschiedener Hinsicht als unverhältnismässig erwiesen: Die Untersuchungen belasteten die Betroffenen oft im Übermass und aus langwierigen disziplinarischen Verfahren resultierte oft nur ein Verweis oder die Einstellung des Verfahrens³⁶⁴.

LANG³⁶⁵ fasst folgende Schwerpunkte zusammen und begründet damit die tendenzielle Abschaffung des Disziplinarrechts:

- 1) Die Abschaffung der Amtsdauer lockert die Bindung der Angestellten an den Staat, weshalb ein Disziplinarrecht nicht mehr gerechtfertigt erscheint;
- 2) das Disziplinarrecht ist aus praktischer Sicht entbehrlich; es bestehen genügend andere Möglichkeiten im Rahmen des modernen Führungsinstrumentariums, um Arbeitspflichtverletzungen zu ahnden, wobei der Rechtsschutz gewährleistet ist;
- 3) die Untersuchungen zum Schutz der Angestellten gegen Vorwürfe aus der Öffentlichkeit lassen sich auch auf administrativem Wege vornehmen;
- 4) die mit der Abschaffung der Amtsdauer angestrebte Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse ist durch das Disziplinarwesen gefährdet;

³⁶² Vgl. dazu LIENHARD, S. 36; SCHEDLER/PROELLER, S. 230 f. Anreize sind „monetäre und nichtmonetäre „Zahlungen“ bzw. Versprechungen, mit denen das erwartete Verhalten der Adressaten nicht erzwungen, sondern z.B. durch Zuschüsse (positive A., incentives) attraktiver oder durch Abgaben (negative A., disincentives) unattraktiver gemacht wird. Die Entscheidungsfreiheit der Adressaten bleibt formell gewährleistet, sie können frei entscheiden, ob sie in Reaktion auf die gebotenen Anreize ihr Verhalten ändern wollen.“ SCHEDLER/PROELLER, S. 230; vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.1.2.

³⁶³ Vgl. HÄNNI, Personalrecht, S. 88 ff.; MICHEL, S. 104; RICHLI, Dienstrecht, S. 106; SCHIBLI, S. 132.

³⁶⁴ Vgl. HAFNER, S. 496 ff.; JAAG, Dienstverhältnis, S. 457 ff.; MICHEL, S. 271; RICHLI, Dienstrecht, S. 105 ff.

³⁶⁵ LANG, S. 57 f. Die Zusammenfassung von LANG stützt sich auf die Weisung des Regierungsrates zum Entwurf des neuen Personalgesetzes. Abl. ZH 1996, S. 1131 ff.

- 5) die Umtriebe und Kosten von Disziplinarverfahren stehen in keinem vertretbaren Verhältnis zum Nutzen des Disziplinarrechts;
- 6) die Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung macht ein parallel dazu geführtes Disziplinarverfahren unnötig;
- 7) der Dualismus zwischen disziplinarischen und administrativen Gründen für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses erweist sich in der Praxis zunehmend komplizierend.

Nichtsdestotrotz wird mehrheitlich daran festgehalten, dass administrative Massnahmen – sei es im Rahmen eines ‚kleinen Disziplinarrechts‘³⁶⁶ oder in einem anderen Massnahmensystem – als Mittel zur Durchsetzung der Arbeitspflichten und zur Aufrechterhaltung des ordentlichen Funktionierens der Verwaltung unerlässlich sind³⁶⁷. Wie das neue Disziplinar- oder Massnahmenrecht aussehen soll, wird in der Lehre allerdings nicht dargelegt. Während in der Literatur der Diskurs um ein modernes Disziplinarrecht vor 20 Jahren verstummte, sind heute sowohl auf Bundesebene als auch im Kanton Zürich Gesetzesrevisionen im Gange, die das Disziplinarrecht gegenwärtiger Verwaltungswirklichkeit anpassen sollen.

In vorliegender Arbeit wird, wo angebracht, auf die Kritik von LANG am Disziplinarrecht eingegangen³⁶⁸. Vorweg wird geprüft, ob die Abschaffung der Amtsdauer tatsächlich dazu geführt hat, die Bindung der Angestellten an den Staat so erheblich zu lockern, dass sich dadurch die Abschaffung des Disziplinarrechts begründen liesse. Massgeblich für die Bindung zwischen den Staatsangestellten und ihrem Arbeitgeber ist die Treuepflicht.

³⁶⁶ MICHEL, S. 274.

³⁶⁷ Vgl. HAFNER, S. 496; HÄNNI, Personalrecht, S. 88; MICHEL, S. 274; REHBINDER/KRAUSZ, S. 112; RICHLI, Dienstrecht, S. 114; WALDMANN, S. 121.

³⁶⁸ Auf eine Kosten/Nutzen Rechnung (Punkt 5) wird nicht näher eingegangen, da diese den Rahmen vorliegender Arbeit sprengen würde. Mit der Abschaffung der disziplinarischen Entlassung hat sich Punkt 7, der Dualismus zwischen disziplinarischen und administrativen Gründen für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses weitgehend entschärft. Wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst, kommt das personalrechtliche Kündigungsverfahren zur Anwendung. Die Abgrenzungsprobleme zwischen den verschiedenen Kündigungsgründen werden unter Kap. 4 Ziff. 4.3 diskutiert. Die Kritik am Rechtsschutz wird nicht thematisiert, da der Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Verwaltungsrechtsreform ausgebaut wurde (vgl. dazu Kap. 2 Ziff. 5).

2 Treuepflicht

2.1 Grundlagen der Treuepflicht

2.1.1 Vorbemerkungen

Als Rechtspflicht konstituiert³⁶⁹ fordert die Treuepflicht von Staatsangestellten eine treue Arbeitserfüllung und verlangt von diesen, dass sie die Interessen des Gemeinwesens wahren und fördern. Die Treuepflicht lässt sich inhaltlich kaum von der ‚Disziplin‘ als gehorsames Verhalten, etablierter Ordnung und innerer Haltung trennen; sie bedingen sich gegenseitig, weshalb die Treuepflicht als erforderliches Element zur Wahrung disziplinarischer Verantwortlichkeit beachtet werden sollte:

„Der gesamte Organismus der öffentlichen Verwaltung beruht auf der treuen Pflichterfüllung durch die Beamten. Das harmonische Zusammenarbeiten der einzelnen Abteilungen der Bundesverwaltung, die Erfüllung der Staatsaufgaben durch die verschiedenen Departemente des Bundes wäre anders gar nicht denkbar. (...) Gute und straffe Disziplin innerhalb jeder staatlichen Anstalt ist von absoluter Notwendigkeit. Das gleiche gilt für die hierarchisch gegliederte Bundesverwaltung. Hierarchie und Disziplin sind zwei sich gegenseitig bedingende Korrelate.“³⁷⁰

Der Begriff ‚Treuepflicht‘ wird seit längerem kritisiert; zeitgemäss sei vielmehr der Begriff der ‚Interessenwahrungspflicht‘, welcher terminologisch bereits darauf hinweist, dass eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denjenigen des Arbeitnehmers vollzogen werden muss³⁷¹. Der mystische und geschichtlich belastete Begriff der ‚Treue‘ stelle übertriebene Anforderungen an die Arbeitnehmer und passe kaum mehr zu einem säkularisierten, demokratischen Staatswesen³⁷². In der Gesetzgebung ist der Begriff ‚Treuepflicht‘ als Marginalie oder Titel kaum mehr zu finden: Das Bundespersonalgesetz spricht in Art. 20 BPG von der Wahrung der Interessen der Arbeitgeber und das Personalgesetz des Kantons Zürich regelt die Treuepflicht in § 49 unter dem Titel Grundsatz³⁷³. Nichtsdestotrotz hat sich der Begriff ‚Interessenwahrungspflicht‘ bis anhin nicht durchgesetzt: Sowohl Literatur³⁷⁴ als auch

³⁶⁹ Das öffentliche Dienstverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, weshalb die Treuepflicht eine Rechtspflicht darstellt. HANGARTNER, Treuepflicht, S. 392.

³⁷⁰ LETSCH, S. 23 f.

³⁷¹ HANGARTNER, Treuepflicht, S. 392; MICHEL, S. 92; SCHIBLI, S. 86.

³⁷² MICHEL, S. 92; vgl. ferner SCHIBLI, S. 86.

³⁷³ In den kantonalen Personalgesetzen ist überwiegend von ‚Dienstpflichten‘ und ‚Grundsatz‘ die Rede. Die Treuepflicht als Marginalie verwenden z.B. noch die Kantone Schaffhausen (Gesetz vom 3. Mai 2004 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals [RB 180.100] Art. 30) und Thurgau (Verordnung vom 9. Dezember 2003 des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals [RB 177.112] § 61).

³⁷⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1575 ff.; HÄNER, S. 405 f.; HÄNNI, Personalrecht, S. 78; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 63 ff.; REHBINDER/KRAUSZ, S. 110; RICHLI, Dienstrecht, S. 25 ff.; SCHIBLI, S. 85 ff.

Rechtsprechung³⁷⁵ verwenden nach wie vor den Begriff ‚Treuepflicht‘ ohne diesen in Frage zu stellen.

2.1.2 Ursprung der Treuepflicht

Der Ursprung der Treuepflicht liegt in der Staatsorganisation und Rechtstradition der deutschen Verwaltungswissenschaft des 19. Jahrhunderts. In der Frühzeit des Staates wurde der Treuebegriff lehnsrechtlich verstanden: Der absolutistische Fürstenstaat forderte von den Bediensteten eine vollumfängliche persönliche Gefolgschaft und eine absolute, sittlich verstandene Hingabe an den Herrscher. Diese vollkommene Identifizierung mit dem Herrscher, welche sich nach den geltenden Moralvorstellungen zu richten hatte, beeinträchtigte die gesamte Lebensführung des Beamten. Charakterisiert wurde diese Herrscher-Bediensteten Beziehung als besonderes Gewaltverhältnis, welches eine bedingungslose Treuepflicht voraussetzte³⁷⁶.

Das besondere Gewaltverhältnis und die zugehörige Treuepflicht nahmen durch FRITZ FLEINER Einzug in die Schweiz. FLEINER verdeutlichte 1923, dass das besondere Gewaltverhältnis den Staatsangestellten über die allgemeinen Untertanenpflichten hinaus auch besondere öffentliche Pflichten gegenüber dem Staat auferlegt, welche sich aus der Natur der Sache ergaben³⁷⁷. Somit war der Beamte in der Schweiz schon zu jener Zeit nicht dem Vorgesetzten persönlich zur Treue verpflichtet, sondern dem Staat. Obwohl der Staatsangestellte in einem Subordinationsverhältnis mit besonderen Pflichten eingegliedert war, galt dieses aber nicht uneingeschränkt. Die Grenzziehung zwischen dem ‚Beamten als Staatsdiener‘ und dem ‚Beamten als Bürger‘ zeigte sich damals bereits als schweizerische Besonderheit: schon immer war deutlich, dass die Tätigkeiten nur soweit eingeschränkt werden konnten, als dass sie mit den besonderen Amtspflichten vereinbar waren und ihnen nicht widersprachen³⁷⁸.

2.1.3 Entwicklung der Treuepflicht

Die Bedeutung der Treuepflicht, die ihr inhärenten Werte und der sich daraus resultierende Einfluss auf das Arbeitsverhältnis der Staatsanagestellten entwickelten sich aufgrund eines sich ständig wandelnden sozialen, politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umfelds beträchtlich. 1927 wurde die Treuepflicht erstmals in der Schweiz gesetzlich verankert.

³⁷⁵ Statt vieler BGE 120 Ia 203 E. 3a S. 203.

³⁷⁶ Vgl. HÄNNI, Treuepflicht, S. 46 f.; MICHEL, S. 91 ff.; OBERHOLZER NIKLAUS, Beamtenrechtliche Treuepflicht und Rechtsstaat, in: Andermatt Arthur/Geiser/Thomas/Leuenberger Moritz/Meier Kurt/Oberholzer/Niklaus/Ridder Helmut/Schiwoff Victor (Hrsg.), Demokratische Rechte im öffentlichen Dienst, Bern 1983, S. 15 und S. 18.

³⁷⁷ FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 257; vgl. dazu auch MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 17.

³⁷⁸ FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 260.

In der Botschaft zum Beamtengesetz wurde vom Beamten treue und gewissenhafte Erfüllung der mit dem Amt verbundenen Obliegenheiten gefordert:

„Das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis des Staats ergreift die ganze Person des Beamten und legt ihm dem Staate gegenüber Pflichten auf, die das private Dienstverhältnis nicht kennt. Soll das Staatswesen seine Pflichten erfüllen können und die Autorität geniessen, die ihm gebührt, so muss es von jedem Dienstpflichtigen verlangen, dass er ihm innerhalb und ausserhalb des Dienstes Treue halte. Neben der Pflicht zu gewissenhafter Erfüllung der mit der Bekleidung des öffentlichen Amtes verbundenen Obliegenheiten besteht für dessen Träger auch die Pflicht zur Treue gegenüber dem Staate, die im Dienstvertragsrecht kein Gegenstück findet. Der Inhalt dieser Treuepflicht geht dahin, dass der Beamte in und ausser Dienst alles tue, was die Interessen des Staates fördern, dass er alles unterlasse, was diese Interessen beeinträchtigen könnte. Die Sorge für das Wohl der Eidgenossenschaft muss für den Beamten Richtschnur und Wegleitung in der Erfüllung seiner Pflichten bleiben“.³⁷⁹

Im Jahre 1935 sieht KERN die Treuepflicht als Grundlage aller anderen Pflichten. Die Treuepflicht sollte die Erfüllung sämtlicher Pflichten beherrschen und durchdringen. Treue ist „eine Gesinnung; die gewissensgeborene und gewissensgeprüfte Sinnggebung als Antriebskraft menschlicher Tat. Der Beamte soll sich leiten lassen von der Einsicht, dass er Diener seines im Staat rechtlich organisierten Volkes ist.“³⁸⁰ Auch für RICHNER ist die Treuepflicht eine „selbständige Rechtspflicht“, die über die Gehorsamspflicht hinausgeht und den ganzen Menschen umfasst und spürbar in das Privatleben und in die Freizeit des Beamten reicht. So verlangt die Treuepflicht „nicht nur [die] blosse Ausführung von Befehlen, sondern ein aktives, selbsttätiges Verhalten; sie fordert [die] Wahrung der Interessen des Staates nicht nur auf Geheiss, sondern auch aus eigenem Antrieb, und zwar innerhalb und ausserhalb des Dienstes“.³⁸¹ Die Treuepflicht verlangt „vom Beamten eine den bestehenden Staat und die obersten Prinzipien seiner Rechtsordnung und Organisation bejahende Gesinnung und ein dieser Gesinnung entsprechendes Verhalten.“³⁸²

In den 1970er Jahren zeichnet sich ein Bedeutungswandel ab. JUD betont zwar nach wie vor, dass die Treuepflicht in erster Linie als treue Gesinnung und positive Einstellung zum entsprechenden Gemeinwesen zu verstehen sei³⁸³, doch bezweifelte er, dass Sinn der Treuepflicht sein soll, von jedem einzelnen Dienstnehmer eine vorbehaltlose Bejahung aller staatl-

³⁷⁹ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 97.

³⁸⁰ KERN THEODOR, Das Dienstrecht des Bundespersonals, Diss. Zürich 1935, S. 63.

³⁸¹ RICHNER ERICH, Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht, Diss. Aarau 1954, S. 106.

³⁸² RICHNER, S. 107.

³⁸³ JUD, S. 92 f.

chen Institutionen und Handlungen zu verlangen. Vielmehr soll sich der Dienstnehmer zur getreuen und gewissenhaften Dienstleistung verpflichten. Somit geht der Dienstnehmer neben der sittlich-moralischen Verpflichtung auch die Verpflichtung ein, „alle mit dem eingegangenen Dienstverhältnis zusammenhängenden Aufgaben in einer den Interessen des Dienstherrn sowie einer ordnungsgemässen Verwaltung dienenden Art und Weise zu erledigen. Dabei hat er sich in und ausser Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, die eine öffentliche Stelle erfordert.“³⁸⁴

Noch im Jahre 1986 stellt HINTERBERGER fest, dass auch für den juristischen Sprachgebrauch „mit dem Begriff ‚Disziplin‘ sowohl ein äusseres Verhalten (Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln) und ein äusserer Zustand als Ergebnis eines solchen Verhaltens (‚Ordnung‘ in einem bestimmten Personenkreis) als auch eine innere Haltung charakterisiert wird.“³⁸⁵ Dabei präzisiert HINTERBERGER, dass die Rechtsvorschriften zur Aufrechterhaltung der Ordnung nur ein äusseres Verhalten, d.h. ein bestimmtes Tun, Unterlassen oder Dulden vorschreiben können. Dabei könne eine „innere Einstellung oder Gesinnung, mit der diese Verhaltenspflichten erfüllt werden sollen ... nicht Gegenstand rechtlicher Regelung sein.“³⁸⁶ Auch HÄNNI verdeutlicht, dass Gegenstand der allgemeinen Treuepflicht im Staatsdienst nur ein menschliches Verhalten sein kann, und dass die Gesinnung alleine die Treuepflicht nie zu verletzen vermag³⁸⁷. HANGARTNER hält ebenfalls fest, dass die Treuepflicht als Rechtspflicht keine dem Verhalten entsprechende Gesinnung beinhalte. „Die Gesinnung ist nach unseren rechtsstaatlichen Auffassungen etwas Höchstpersönliches und Subjektives. Es gibt daher keine staatlich verordnete Gesinnung und entsprechend auch keine Gesinnungsdelikte. Auch die Treuepflicht des Beamten ist somit keine Gesinnungspflicht.“³⁸⁸

HINTERBERGER fasst wie folgt zusammen:

„Eine positive Einstellung zu den Verhaltenspflichten, eine ‚bewusste‘ Pflichterfüllung, eine innere Ueberzeugung und eine Identifikation des öffentlichen Bediensteten mit seinen Aufgaben ist zwar durchaus erstrebenswert und allenfalls berufsethisch gefordert. Sie lässt sich jedoch nicht mit Befehl und Zwang erreichen, und bei ihrem Fehlen darf die Disziplinarbehörde keine Disziplinar massnahmen ergreifen, solange keine objektive Verletzung der ein äusseres Verhalten verlangenden Dienstpflichten vorliegt. Innere und freie Disziplin kann mit den Mitteln des

³⁸⁴ JUD, S. 93.

³⁸⁵ HINTERBERGER, S. 37.

³⁸⁶ HINTERBERGER, S. 37.

³⁸⁷ HÄNNI, Treuepflicht, S. 38.

³⁸⁸ HANGARTNER, Treuepflicht, S. 392.

Disziplinarrechts weder geschaffen noch erhalten werden. Dazu sind vielmehr andere Führungsmittel und –massnahmen notwendig.“³⁸⁹

Nachdem die Pflichterfüllung von der Gesinnung abgespalten und deren rechtliche Durchsetzung in den 1980er Jahren abgelehnt wurde, zeichnete sich ca. 10 Jahre später abermals ein Wandel der Begriffsbedeutung ab. HAFNER legt dar, dass sich die Treuepflicht und Loyalität dem staatlichen Arbeitgeber gegenüber zwar mit der Wahrung von Staatsinteressen, Vertrauenswürdigkeit, Gehorsam und Wohlverhalten verbinden liessen, bekräftigt allerdings, dass dies nicht totaler Unterwerfung und Kadaver- oder gar Gesinnesgehorsam gleichkäme. Vielmehr bedürfe ein „effizienter und gemeinwohlorientierter Leistungsstaat“ einer „Beamtenschaft mit kritischem Bürgersinn; mit blindem, unreflektiertem Vollzug von oben verordneter Befehle, vermag dagegen das beim Personal vorhandene fachliche und kreative Potential nur ungenügend oder gar nicht aktualisiert zu werden.“³⁹⁰ Folglich müsse der Führungsstil in der Verwaltung dialoghaft ausgestaltet werden, indem Mitarbeitende frühzeitig in die Entscheidungsprozesse einzubeziehen seien³⁹¹.

2.1.4 Erkenntnisse

Die Entwicklung der Treuepflicht lässt sich in drei Phasen gliedern: In der ersten Phase ging die Treuepflicht weiter als die Gehorsamspflicht: Der Staatsangestellte hatte sich als Diener des Staates zu verstehen; er hatte sich in seiner ganzen Person dem Staate unterzuordnen und unterstand sowohl innerdienstlich als auch ausserdienstlich einer dem Staate wohlwollenden Gesinnungspflicht, die das ganze Tun und Lassen der Person leitete und beherrschte. In einer zweiten Phase wurde anerkannt, dass die rechtliche Einforderung einer Gesinnungspflicht mit entsprechender Sanktionierung im Falle eines Verstosses rechtsstaatliche Schranken überschritt: Eine positive Einstellung zu den Verhaltensvorschriften und eine Identifikation mit den Staatsaufgaben waren zwar weiterhin erwünscht, doch wurde die innere Haltung aus der Rechtspflicht der Treuepflicht ausgegliedert, was zur Folge hatte, dass nur noch ein dienstliches oder ausserdienstliches Verhalten oder Unterlassen Gegenstand der Treuepflicht sein konnte. In einer dritten, sich derzeit konstituierenden Phase, steht die pflichtgemässe Erfüllung des Auftrages im Mittelpunkt der Treuepflicht. Ein kooperativer Führungsstil soll dazu beitragen, die Leistungsbereitschaft, Selbstverantwortung und Eigeninitiative der Staatsangestellten zu fördern, damit der Auftrag bestmöglich erfüllt werden kann.

³⁸⁹ HINTERBERGER, S. 37 f.

³⁹⁰ HAFNER, S. 492 f.; vgl. dazu auch HINTERBERGER, S. 238 f.

³⁹¹ HAFNER, S. 492.

Bei der Armee wurden die Vorschriften bereits der sozialen, politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung angepasst: Grundpfeiler der heutigen militärischen Disziplin sind selbständiges und verantwortungsvolles Denken und Handeln im Sinne des Auftrages³⁹². Gemäss militärischem Dienstreglement³⁹³ bedeutet ‚Disziplin‘, dass der Einzelne seine persönlichen Interessen und Wünsche zugunsten des Ganzen zurückstellt und im Sinne des Auftrages sein Bestes gibt. Vom Angehörigen der Armee wird selbständiges Denken und Handeln, gepaart mit Gehorsam gefordert. Dabei habe ‚Disziplin‘ die grösste Wirkung, wenn sie mit Initiative und Selbständigkeit verbunden sei³⁹⁴.

Betreffend der Angleichung des öffentlichen Dienstrechtes an die privatrechtlichen Verhältnisse wird zuweilen davon gesprochen, die in Art. 321a OR geregelte Treuepflicht sinngemäss ins öffentliche Recht zu übertragen³⁹⁵. Art. 321a OR regelt die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers. Dieser hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Zu den berechtigten Interessen zählt auch die Zielsetzung des Unternehmens. Dieser darf der Arbeitnehmer weder bei der Arbeitsleistung noch im ausserdienstlichen Bereich aktiv entgegenwirken. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was die Erreichung der Unternehmensziele behindert³⁹⁶. Dies gilt besonders für die Tendenzbetriebe³⁹⁷.

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, eine sinngemässe Übertragung von Art. 321a OR ins öffentliche Recht lasse sich durchaus rechtfertigen³⁹⁸. Der demokratische Rechtsstaat sei ein ‚Tendenzbetrieb‘, „da er gewisse geistig-ideelle Ziele anstrebt, wie zum Beispiel eine gerechte Verteilung lebensnotwendiger Güter, die Verwirklichung der Grundrechte und demokratische Mitbestimmungsrechte.“³⁹⁹ Aber nicht nur der Rechtsstaat, sondern auch das Gemeinwesen wird als ‚Tendenzbetrieb‘ bezeichnet, da dieses für die Erfüllung

³⁹² HAUSER/FLACHSMANN/FLURI, S. 3.

³⁹³ Dienstreglement der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DR 04), SR 510.107.0, 13 / 1.

³⁹⁴ Dienstreglement der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DR 04), SR 510.107.0, 13 / 2.

³⁹⁵ MICHEL, S. 96 f.; POLEDNA, Annäherung, S. 225; SCHIBLI, S. 57 f.

³⁹⁶ REHBINDER/STÖCKLI, Kommentar OR, N 3 zu Art. 321a.

³⁹⁷ Tendenzbetriebe zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht erwerbswirtschaftliche, sondern vorwiegend geistig-ideelle, d.h. politische, gewerkschaftliche, künstlerische, karitative, konfessionelle, erzieherische, wissenschaftliche oder andere Ziele verfolgen. „Wer ein Arbeitsverhältnis mit einem Tendenzbetrieb eingeht, übernimmt stillschweigend eine Treuepflicht, die über diejenige eines gewöhnlichen Arbeitnehmers hinausgeht, und muss insbesondere im ausserdienstlichen Bereich alles unterlassen, was das mit der Tendenzbindung erstrebte Image des Betriebs beeinträchtigt“. Botschaft zur Volksinitiative „betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht“ und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 600. Vgl. ferner MICHEL, S. 97; REHBINDER/STÖCKLI, Kommentar OR, Art. 321a S. 131; SCHIBLI, S. 57 f.

³⁹⁸ MICHEL, S. 96 f.; POLEDNA, Annäherung, S. 225; REHBINDER/KRAUSZ, S. 111; SCHIBLI, S. 57 f.

³⁹⁹ MICHEL, S. 97.

öffentlicher Aufgaben zu sorgen hat und demnach von seinen Angestellten eine verstärkte Ausrichtung auf diese Aufgabenerfüllung verlangen könne⁴⁰⁰.

Bis anhin vermochte sich die sinngemässe Übertragung von Art. 321a OR ins öffentliche Recht allerdings nicht durchzusetzen. Dass an die staatliche Treuepflicht andere Anforderungen gestellt werden, zeigte sich erneut anlässlich der Teilrevision BPG: Die Treuepflicht, die in Art. 20 BPG den Text von Art. 321a OR wiederholt, sollte gestrichen werden, da gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG sinngemäss die Bestimmungen des Obligationenrechts gelten, falls das BPG nichts Abweichendes bestimmt. Dagegen sprach sich eine Vielzahl der Vernehmlassenden aus. Vorgebracht wurde, dass die Treuepflicht im öffentlichen Dienst weiter gehe als die Treuepflicht im Privatrecht⁴⁰¹.

Weitere Besonderheiten der staatlichen Treuepflicht werden durch die folgende Bestandesaufnahme der heute anerkannten Treuepflicht veranschaulicht.

2.2 Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht

2.2.1 Inhalt und Zweck

Die Treuepflicht fordert von Staatsangestellten eine treue Arbeitserfüllung und verlangt, dass sie die Interessen des Gemeinwesens wahren und fördern⁴⁰². Dementsprechend haben sich Staatsangestellte innerhalb und ausserhalb des Dienstes ihres Amtes würdig zu erweisen; sie haben sich so zu verhalten, dass Bürgerinnen und Bürger Vertrauen in die Verwaltungsführung haben und den Staatsangestellten die Achtung und den Respekt entgegenbringen, die ihre amtliche Stellung erfordert. Die Autorität und Integrität des Staates soll nicht durch Fehlverhalten von Mitarbeitern beeinträchtigt werden. Somit dürfen Staatsangestellte bei der

⁴⁰⁰ MICHEL, S. 96 f.; POLEDNA, Annäherung, S. 225; REHBINDER/KRAUSZ, S. 111; SCHIBLI, S. 57 f.

⁴⁰¹ Auch POLEDNA, Annäherung, S. 225 weist auf den wesentlichen Unterschied hin, dass sich im Privatrecht eine Einschränkung der grundrechtlichen Stellung des Arbeitnehmers kaum auf die in Art. 321a OR geregelte Treuepflicht stützen liesse. Vgl. ebenfalls Kap. 3 Ziff. 2.3.1.2.

⁴⁰² Die Treuepflicht wird in Deutschland in der Wohlverhaltensklausel (§ 61 Abs. 1 Satz 3 BGG) wie folgt geregelt: „Ihr Verhalten innerhalb und ausserhalb des Dienstes muss der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die ihr Beruf erfordert.“ Die Wohlverhaltensklausel ist die Richtschnur für das berufserforderliche Verhalten. Damit sind nicht Charakterbewertungen und Moralanschauungen, sondern die amtsbezogene, allumfassende Beschreibung des zentralen Verwaltungsinteresses gemeint. CLAUSSEN/BENNEKE/ SCHWANDT, S. 19 f.; HUMMEL/KÖHLER/MAYER, S. 94.

Erfüllung ihrer Aufgaben über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus den Verwaltungsablauf nicht stören und das Gemeinwesen nicht schädigen⁴⁰³.

Die Treuepflicht ist niemals Selbstzweck. Vielmehr beabsichtigt sie ausschliesslich, einen korrekten, unparteiischen und wirksamen Gesetzesvollzug im Interesse der Betroffenen und der Allgemeinheit sicherzustellen⁴⁰⁴. Die Treuepflicht dient als Hintergrund für die konkret formulierten Pflichten (Bewilligungspflicht der Nebenbeschäftigungen, die Wohnsitzpflicht etc.), als Auffangbecken für alle übrigen Pflichten der Angestellten, die nicht im Einzelnen gesetzlich erfasst werden können, sowie als Auslegungshilfe der spezialgesetzlichen Regelungen zur Dienstpflichtenerfüllung.

Beispiele von Treuepflichtverletzungen sind:

Wird durch falsche manuelle Eintragungen in ein Zeiterfassungssystem ein zu hoher Zeitsaldo registriert, wird dadurch die geschuldete Arbeitszeit nicht eingehalten. Unwahre Angaben über die erbrachte Arbeitszeit stellen einen Verstoss gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber dar⁴⁰⁵.

Die private Verwendung von Geschäftspapier und von pauschalfrankierten Couverts durch Bundesangestellte liegt nicht im Interesse des Bundes als Arbeitgeber, denn er erleidet dadurch unabhängig von einer allfälligen damit verbundenen Absicht einen finanziellen Nachteil⁴⁰⁶.

Eine Massage im Schulterbereich, die ein uniformierter Angehöriger der Kantonspolizei Zürich seiner (ebenfalls uniformierten) Mitarbeiterin abends oder nachts, auf dem Rücksitz des im Parkhaus beim Flughafen nahe Arbeitsort der Sicherheitsbeauftragten abgestellten Personewagen gab, ist geeignet, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Sicherheitspersonals in einem sehr sensiblen Bereich zu beeinträchtigen⁴⁰⁷.

Die Beispiele zeigen, dass sowohl ein inner- als auch ein ausserdienstliches Verhalten die Treuepflicht verletzen kann.

⁴⁰³ Vgl. HAFNER, S. 493 ff., HANGARTNER, Treuepflicht, S. 385 ff.; MICHEL, S. 92 f.; HÄNER, S. 405 f.; HÄNNI, Treuepflicht, S. 45 ff.; HÄNNI, Personalrecht, S. 78 ff.; HENNEBERGER, S. 60 ff.; REHBINDER/KRAUSZ, S. 110 f.

⁴⁰⁴ BELLWALD, S. 53.

⁴⁰⁵ BVGer vom 14.12.2007 A-6141/2007 E. 4.1 S. 8; BGer vom 30.6.2008 1C_277/2007 E. 4.3.

⁴⁰⁶ BVGer vom 14.12.2007 A-6141/2007 E. 5.3 S. 13.

⁴⁰⁷ VerG ZH PB.2010.00012 vom 21.7.2010 E. 13.2.

2.2.2 Innerdienstliches und ausserdienstliches Verhalten

2.2.2.1 Innerdienstliches Verhalten

Pflicht der Staatsangestellten ist es, zu den angewiesenen Arbeitszeiten persönlich am Arbeitsort zu erscheinen, um die ihnen übertragenen Dienstgeschäfte sorgfältig zu bearbeiten und auftragsgemäss zu erfüllen⁴⁰⁸. Weil das BPG auf eine besondere Erwähnung der Arbeitspflicht verzichtet, schliesst NÖTZLI, dass die Verletzung der Sorgfaltspflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG) gleichbedeutend mit der Verletzung der Arbeitspflicht ist, da der Sorgfaltspflicht nicht eine eigenständige, sondern eine die Arbeitspflicht in qualitativer Hinsicht konkretisierende Bedeutung zukommt⁴⁰⁹.

Die Staatsangestellten unterstehen zudem der Befolgungspflicht; Weisungen und individuelle dienstliche Anordnungen der Vorgesetzten sind zu befolgen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist begriffswesentlicher Inhalt des Arbeitsverhältnisses und begründet das rechtliche Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien⁴¹⁰. Durch die Ausübung des Weisungsrechts wird die Arbeits- und Treuepflicht des Arbeitnehmers konkretisiert; die Nichtbefolgung bedeutet eine Verletzung der gesetzlichen Pflicht⁴¹¹. Dabei geht es nicht darum, blinden Gehorsam walten zu lassen; der Staatsangestellte darf die Anweisungen auf deren Rechtswidrigkeit hin überprüfen und muss in offensichtlicher Weise materiell verfassungs- oder gesetzwidrigen Weisungen nicht Folge leisten, denn der Staatsangestellte trägt für die Rechtmässigkeit seiner dienstlichen Handlungen die uneingeschränkte persönliche Verantwortung. Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, angeblich rechtswidrige Zustände oder Weisungen des Arbeitgebers mit Verletzung der eigenen Pflichten zu entgegnen. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn höherwertige Rechtsgüter wie z.B. Leib und Leben oder die Gesundheit nur unter Verletzung der Arbeitnehmerpflichten gewahrt werden könnten⁴¹².

2.2.2.2 Ausserdienstliches Verhalten

Der „Beamte ist nicht nur zur gewissenhaften Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheit verpflichtet; ihn trifft vielmehr regelmässig auch eine gewisse allgemeine Treuepflicht, die sich auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckt.“⁴¹³ Für das Bundesgericht umfasst das Wort

⁴⁰⁸ NÖTZLI, Rz. 154 ff.

⁴⁰⁹ NÖTZLI, Rz. 163.

⁴¹⁰ BVGer vom 21.10.2010 A-5455/2009 E. 5.3 S. 13; NÖTZLI, Rz. 174.

⁴¹¹ BVGer vom 21.10.2010 A-5455/2009 E. 5.3 S. 13; BVGer vom 9.7.2010 A-7764/2009 E. 6.1; NÖTZLI Rz. 154 ff. und Rz. 174.

⁴¹² HENNEBERGER, S. 76; BVGer vom 21.1.2010 A-5455/2009 E. 6.3 S. 16.

⁴¹³ BGE 120 Ia 203 E. 3a S. 205; BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335.

„Treuepflicht“ „gerade die Gesamtheit der Pflichten, die dem Beamten innerhalb und ausserhalb seiner amtlichen Tätigkeit obliegen.“⁴¹⁴ In permanenter Rechtsprechung bestätigt das Bundesgericht, dass im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stets auch das Verhalten des Betreffenden ausserhalb der eigentlichen Berufstätigkeit massgebend sei⁴¹⁵. Während der Staatsangestellte in seiner persönlichen Lebensgestaltung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung grundsätzlich frei ist, so hat er doch jene Schranken zu respektieren, die seine besondere dienstrechtliche Stellung erfordert. So darf das ausserdienstliche Verhalten die Amtsführung und das Vertrauen der Öffentlichkeit nicht beeinträchtigen⁴¹⁶. Dies bedeutet nicht, dass es dem Gemeinwesen gegenüber eine von der konkreten Tätigkeit der Staatsangestellten losgelöste, freischwebende Treuepflicht gibt. Vielmehr beschränken sich die Pflichten im ausserdienstlichen Bereich auf Unterlassungspflichten; die Staatsangestellten dürfen dem Staat nicht schaden, müssen sich im Privatleben aber nicht darum bemühen, die öffentliche Politik zu verteidigen oder vorbildliche Staatsbürger zu sein⁴¹⁷. Gemäss Bundesgericht obliegt dem Beamten „losgelöst von seinem Amt und der Pflicht, dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Amtstätigkeit nicht zu schaden - keine über die allgemeine Rechtsordnung hinausgehenden Pflichten.“⁴¹⁸ Dementsprechend kann das ausserdienstliche Verhalten arbeitsrechtlich nur dann relevant sein, wenn es dazu geeignet ist, das Vertrauen in den Staat oder das Ansehen der Staatsangestellten in bedeutsamer Weise zu beeinträchtigen⁴¹⁹.

2.2.2.3 Rechtliche Grundlagen der Regelung ausserdienstlichen Verhaltens

Im Beamtenengesetz vom 30. Juni 1927 wurde in Art. 24 festgehalten, dass sich der Beamte in und ausser Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen habe, die seine amtliche Stellung erfordert⁴²⁰. Bereits damals wurde in der Vernehmlassung gegen die „dem Be-

⁴¹⁴ BGE 101 Ia 172 E. 6 S. 180.

⁴¹⁵ Statt vieler BGE vom 24.6.2011 2C_165/2011 E. 6.3.

⁴¹⁶ BGE 108 Ia 172 E. 4b S. 175 ; BVGer vom 20.8.2010 A-1675/2010 E. 5 S. 5; NÖTZLI, Rz. 166.

⁴¹⁷ HANGARNTER, Treuepflicht, S. 393 ff.; MICHEL, S. 78; RICHLI, Dienstrecht, S. 27. Dem widerspricht allerdings ein Entscheid des BVGer vom 17.12.2007 A-6609/2007, in dem das Gericht einem Berufsoffizier der Schweizer Armee Vorbildfunktion zuspricht, die ihn dazu verpflichtet, für geordnete persönliche Verhältnisse zu sorgen.

⁴¹⁸ BGE 120 Ia 203 E. 3b S. 206.

⁴¹⁹ In Deutschland ist das ausserdienstliche Verhalten im Bundesbeamtengesetz, § 77 Abs. 1 Satz 2 wie folgt geregelt: „Ein Verhalten ausserhalb des Dienstes ist nur dann ein Dienstvergehen, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Masse geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.“

⁴²⁰ Art. 24 Abs. 1 Beamtenengesetz: Der Beamte hat sich durch sein Verhalten in und ausser Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, die seine amtliche Stellung erfordert. Abs. 2: Dem Beamten wird gegenüber Vorgesetzten, Mitbeamten und Untergebenen ein höfliches und taktvolles Benehmen zur Pflicht gemacht. Diese Pflicht liegt ihm auch im dienstlichen Verkehr mit dem Publikum ob.

amten überbundene Pflicht zur Beobachtung eines achtungswürdigen Verhaltens auch im Privatleben“ opponiert⁴²¹. Der Bundesrat erwidert:

„Zum Inhalt eines Gewaltverhältnisses gehören auch die Pflichten über das dienstliche und ausserdienstliche Verhalten. Dem Gebote wird nicht schon Genüge geleistet, dass sich der Beamte nicht in Widerspruch zu den Strafgesetzen stellt. Bei aller Unantastbarkeit der Gesinnungsfreiheit des Dienstpflichtigen fordert der Staat von ihm, dass er sich in der Betätigung seiner bürgerlichen Rechte und im ganzen Verhalten in und ausser Dienst diejenige Mässigung auferlegt, denjenigen Takt und Anstand beobachte, welche das öffentliche Dienstverhältnis, die Bekleidung eines Bundesamtes erheischen. (...) Der Bund als Dienstherr kann nicht dulden, dass sich der Dienstpflichtige in und ausser Dienst in staatsfeindlichem Sinne betätige oder ein Verhalten zur Schau trage, das ihm die allgemeine Achtung der Volksgenossen entzieht, die Autorität gegenüber Untergebenen zerstört und ein erspriessliches Arbeiten im Dienste mit Vorgesetzten, Gleichgestellten und Untergebenen beeinträchtigt oder verunmöglicht. Dem Dienstherrn muss auch vorbehalten bleiben, in geeigneter Weise einzuschreiten, von seiner Disziplinargewalt Gebrauch zu machen, wenn der Dienstpflichtige die Grenzen dessen überschreitet, was allgemein als Sitte, Takt und Anstand gefordert werden darf. Das Ansehen der öffentlichen Verwaltung und Betriebe des Bundes, das Vertrauen in ihre Tätigkeit, in die richtige und sichere Dienstbesorgung, beruht nicht in letzter Linie auf der Achtung und dem Vertrauen, das die Träger der einzelnen Ämter in der Öffentlichkeit geniessen.“⁴²²

Anlässlich der Revision des Beamtengesetzes vom 19. Dezember 1986 wurde der Ausdruck „in und ausserhalb des Dienstes“, der bis dahin explizit in Art. 24 BtG erwähnt war, nicht mehr aufgenommen. Dies allerdings sollte nicht bedeuten, dass das Verhalten ausserhalb des Dienstes gänzlich unbeachtlich sei. Gemäss des Bundesrates schliesst der Oberbegriff ‚Verhalten‘ sowohl das Verhalten innerhalb als auch ausserhalb des Dienstes ein⁴²³. Mit der Änderung des Wortlautes sollte dem Missverständnis vorgebeugt werden, dass das Verhalten ausserhalb des Dienstes gleichermassen umfassend der beamtenrechtlichen Wertung unterliege, wie das Verhalten im Dienst: Das Verhalten ausser Dienst sollte nur insofern für das Dienstverhältnis des Beamten von Bedeutung werden, als es nachteilige Auswirkungen auf das vom Beamten bekleidete Amt hat⁴²⁴.

Das Bundespersonalgesetz hat Art. 24 des Beamtengesetzes, der das achtungs- und vertrauenswürdige Verhalten von Staatsangestellten vorsah, nicht übernommen. Im bundesrätlichen

⁴²¹ Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 98.

⁴²² Botschaft Dienstverhältnis, BBl 1924 III 99.

⁴²³ Botschaft Änderung Beamtengesetz, BBl 1986 II 325.

⁴²⁴ VPB 64.37 vom 2.6.1999 E. 2b; VPB 61.80 vom 24.2.1997 E. 9b; Botschaft Änderung Beamtengesetz, BBl 1986 II 325.

Gesetzesentwurf des Bundespersonalrechts war keine Bestimmung zur Treuepflicht vorgesehen. Weshalb nicht, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Auch der Nationalrat, der den Entwurf des Bundesrates als Erstrat beraten hatte, sah sich nicht dazu veranlasst, eine Treuepflicht gesetzlich zu verankern. Erst durch die Staatspolitische Kommission des Ständerates wurde vorgeschlagen, einen entsprechenden Artikel im Gesetz aufzunehmen, worauf Art. 20 BPG mit gleichlautendem Wortlaut der privatrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) im Bundespersonalgesetz eingeführt wurde⁴²⁵. Dabei wird das inner- und ausserdienstliche Verhalten nicht explizit erwähnt. Auch § 49 Personalgesetz des Kantons Zürichs verzichtet auf die gesetzlich verankerte Unterscheidung zwischen inner- und ausserdienstlichem Verhalten.

2.2.2.4 Abgrenzung zwischen inner- und ausserdienstlichem Verhalten

Die Abgrenzung zwischen dem inner- und ausserdienstlichen Verhalten ist nicht immer offensichtlich: Entscheidend ist nicht der äussere, zeitliche und räumliche Zusammenhang mit der dienstlichen Organisation, sondern die Rechtsnatur der verletzten Pflicht. Ergibt sich die Arbeitspflicht aufgrund des öffentlichen Dienstverhältnisses und seinen Normen, so liegt ein innerdienstliches Verhalten vor. Stammt die verletzte Norm aus der allgemeinen Rechtsordnung, die für jede Bürgerin und jeden Bürger gilt, so handelt es sich um ein ausserdienstliches Verhalten. Demgemäss sind der dienstrechtliche Charakter und nicht allein die äusseren Begleitumstände oder die Folgen für den Dienst belangvoll, um zu beurteilen, ob es sich um ein inner- bzw. ein ausserdienstliches Verhalten handelt⁴²⁶.

2.2.3 Funktionale Betrachtungsweise

2.2.3.1 Funktionale Betrachtungsweise bei ausserdienstlichem Verhalten

Die Treuepflicht muss gemäss der neueren Grundrechtstheorie⁴²⁷ so definiert werden, dass sie sich auf die dienstlichen Aufgaben, die Stellung und die Verantwortung jedes einzelnen Staatsangestellten bezieht. Die persönlichen Rechte Einzelner dürfen ausserhalb des Dienstes nur soweit eingeschränkt werden, wie es der Zweck der Amtsführung erfordert. Der staatliche Arbeitgeber kann von seinen Mitarbeitern nur insoweit ein Verhalten verlangen, als dieses einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit der Betroffenen aufweist. „Die Ausübung der

⁴²⁵ Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2035 ff.; Votum Spoerry, Amtl. Bull. SR 1999, S. 1074; vgl. auch Amtl. Bull. SR 1999, S. 1098 ff.; zur Detailberatung des Art. 18a vgl. SCHIBLI, S. 55 f.

⁴²⁶ Vgl. HUMMEL/KÖHLER/MAYER, S. 147.

⁴²⁷ Mit neuer Grundrechtstheorie ist gemeint, dass dem Schutz des Privatlebens und der Gesinnungsfreiheit der Staatsangestellten heute ein höherer Stellenwert eingeräumt wird, als früher. Vgl. dazu MICHEL, S. 92; BGE 121 I 326 E. 2d S. 332; BGE 120 Ia 203 E. 3b S. 206; 108 Ia 172 E. 4b S. 175 f.

Rechte findet dort ihre Grenzen, wo das Verhalten des Angestellten die Amtsführung und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung beeinträchtigt oder ein anderes öffentliches Interesse entgegensteht.“⁴²⁸ Im Zentrum der Überlegungen steht die wechselseitige Beziehung zwischen der amtlichen Stellung der Angestellten und deren Fehlverhalten: Kann kein Bezug zum Amt oder der amtlichen Tätigkeit hergestellt werden, sind die Staatsangestellten den Bürgerinnen und Bürgern in verfassungsmässigen Rechten und Pflichten gleichgestellt. Den Staatsangestellten kommt keine, über die allgemeinen Gesetze hinausgehende Pflicht zu. Das führt zum Schluss, dass Anforderungen an das ausserdienstliche Verhalten nur dann und soweit zulässig sind, als ein qualifizierter Zusammenhang zur konkreten Amtsführung besteht⁴²⁹.

Das Verwaltungsgericht Bern hat zur funktionalen Betrachtungsweise des ausserdienstlichen Verhaltens einen anschaulichen Entscheid gefällt. Das Gericht bestätigt die Entlassung eines Polizeifunktionärs, welcher in seiner Freizeit eine Polizeipatrouille aufbot, um einen Verdächtigen kontrollieren zu lassen. Während der Personenkontrolle durch zwei uniformierte Funktionäre schlug der sich in der Freizeit befindende Polizist den Verdächtigen überraschend und grundlos. Das Verwaltungsgericht führt in seinen Erwägungen aus, dass ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis ein zulässiger Auflösungsgrund des Arbeitsverhältnisses darstelle und dass je nach den Umständen des Einzelfalls, charakterliche Mängel sowie private Probleme oder Verhaltensweisen, die die Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigen, eine Kündigung rechtfertige. Dabei könne bei Personen wie z.B. Lehrkräften oder Personen mit Leitungs- und Vorgesetztenfunktion strengere Massstäbe an die Integrität gesetzt werden. Auch an Inhaberinnen und Inhaber von gerichtspolizeilichen Funktionen seien erhöhte Anforderungen hinsichtlich deren Unbescholtenheit, Zuverlässigkeit und – insbesondere – Glaubwürdigkeit zu stellen. Im vorliegenden Fall weist das Verwaltungsgericht auf den engen Zusammenhang des Vorfalls zum dienstlichen polizeilichen Vorgehen hin und schliesst, dass „auch wenn der Beschwerdeführer bis heute zu keinen dienstlichen Beanstandungen Anlass gegeben hat, ist nach dem hier zu würdigenden Vorfall die Gefahr nicht (mehr) von der Hand zu weisen, dass er auch im Dienst ein ähnlich unbeherrschtes und mangels Provokation mit nichts zu entschuldigendes Verhalten an den Tag legen könnte.“⁴³⁰

Über einen qualifizierten Zusammenhang zwischen ausserdienstlichem Fehlverhalten und konkreter Amtsausführung hatte auch der Regierungsrat des Kantons Zürich in einem Rekurs

⁴²⁸ HÄNNI, Personalrecht, S. 79; BGE 101 Ia 172 E. 6 S. 181; BGE 108 Ia 172 E. 4b S. 175.

⁴²⁹ MICHEL, S. 93; HAFNER, S. 493; HANGARTNER, Treuepflicht, S. 393 f.; HÄNNI, Treuepflicht, S. 39 f.; KUNKEL, S. 35; 108 Ia 172 E. 4b S. 175; vgl. ferner VPB 64.37 vom 2.6.1999 E. 2b; VPB 61.80 vom 24.2.1997 E. 9b.

⁴³⁰ VGE BE vom 31.8.2005 22400 E. 6.2.2.

eines ehemaligen Mitarbeiters der Kantonspolizei Zürich zu urteilen, welchem aufgrund seines ausserdienstlichen Verhaltens fristlos gekündigt wurde. Obwohl § 49 Personalgesetz das ausserdienstliche Verhalten nicht explizit regelt, führt der Regierungsrat in seinem Entscheid aus, dass die Treuepflicht gemäss § 49 PG die Ausübung von Grundrechten soweit einzuschränken vermag, als dies aufgrund der besonderen Funktion des Mitarbeitenden geboten ist.

„Daraus folgt, dass sich der Angestellte die Zurückhaltung auferlegen muss, die sich aus seiner besonderen Funktion ergibt. Das von der Treuepflicht eingeforderte Verhalten soll die Einheit und Integrität der staatlichen Organe sichern. Darüber hinaus hängt die Zulässigkeit der Einschränkung von Freiheitsrechten vom Grad der vom Angestellten zu tragenden Verantwortung ab, von der Art und Weise, in der er seine Meinung kundtut, vom Adressatenkreis und besonders vom Gegenstand der in der Öffentlichkeit erfolgten Intervention.“⁴³¹

Der Regierungsrat folgert, dass sich der als uniformierter Sicherheitsbeauftragter der Kontrollabteilung der Flughafenpolizei tätig gewesene Mitarbeiter einer schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht habe, indem er Videos mit Darstellungen ausdrücklicher und impliziter Gewalt gegenüber Menschen produzierte und veröffentlichte. Dies – so der Regierungsrat – lasse sich mit der Tätigkeit eines uniformierten Sicherheitsbeauftragten am Flughafen grundsätzlich nicht vereinbaren. Der Mitarbeiter trug in seiner beruflichen Funktion direkt dazu bei, die Sicherheit im Luftverkehr zu gewährleisten. Diese verantwortungsvolle Arbeit liess nicht zu, dass durch die Produktion und Veröffentlichung von Gewaltvideos an seiner persönlichen Einstellung zur Sicherheit im Flugverkehr gezweifelt werden durfte⁴³².

In einem neuen Entscheid bestätigt das Bundesgericht die Geltung der Treuepflicht beim ausserdienstlichen Verhalten von Staatsangestellten und betont die funktionale Betrachtungsweise:

„Treuepflicht bedeutet, dass der Staatsangestellte bei der Erfüllung seiner Aufgaben über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens wahrt. Entsprechend umschreibt auch § 49 des kantonalen Gesetzes vom 27. September 1998 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, die Angestellten hätten „die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren“. Die Treuepflicht bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu

⁴³¹ RRB 926/2010 Kündigung, E. 5a S. 5.

⁴³² RRB 926/2010 Kündigung, E. 5a S. 5. Allerdings vermochte die schwere Treuepflichtverletzung die fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Verhältnismässig gewesen wäre die mildere personalrechtliche Massnahme der ordentlichen Kündigung aus sachlich zureichenden Gründen gemäss § 18 Abs. 2 PG.

sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat nicht untergraben wird. Als unbestimmter Rechtsbegriff muss ihre Tragweite durch Interessenabwägung bestimmt werden.“⁴³³

Im vorliegenden Fall entschied das Bundesgericht, dass sich ein Dozent einer staatlichen Hochschule durch das Verteilen eines Flugblattes an die Mitglieder des Kantonsrates *nicht* der Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat: Dem Betroffenen ging es darum, sich in einem politischen Meinungsäusserungsprozess zu einem bestimmten Projekt zu äussern. Die Äusserung erfolgte im Rahmen einer demokratischen Auseinandersetzung gegenüber dem Kantonsrat. Zwar wurde der Fachhochschulleitung sinngemäss ein Vorwurf gemacht, doch hätte daraus nur dann eine Treuepflichtverletzung abgeleitet werden können, wenn dieser Vorwurf geeignet gewesen wäre, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Leitung und damit letztlich deren Funktionsfähigkeit zu untergraben⁴³⁴. Das Bundesgericht führt aus:

„Wie sich auch aus § 49 PG/ZH ergibt, besteht das Treueverhältnis nur zwischen dem Staatsangestellten und dem Gemeinwesen, nicht zwischen dem Untergebenen und dem Vorgesetzten. Öffentliche Kritik gegenüber Vorgesetzten kann daher nur dann eine Verletzung der Treuepflicht beinhalten, wenn dadurch die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben des Staatsangestellten oder das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gemeinwesen beeinträchtigt wird.“⁴³⁵

2.2.3.2 Erhöhte Verantwortung bestimmter Berufsgruppen

Aus der funktionalen Betrachtungsweise (das ausserdienstliche Verhalten muss sich auf die dienstlichen Aufgaben, die Stellung und die Verantwortung jedes einzelnen Staatsangestellten beziehen) ergibt sich, dass für bestimmte Berufsgruppen wie Lehrer, Polizisten, Richter, Diplomaten und Chefbeamte ein strengerer Massstab an das Verhalten im und ausserhalb des Dienstes anzulegen ist⁴³⁶. Insbesondere bei Strafverfolgungsbehörden, deren Grundauftrag in der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt, lässt es sich kaum vereinbaren, wenn deren Organe sich im Widerspruch zu dieser Aufgabe verhalten⁴³⁷. Das Verwaltungsgericht hält fest, dass an Inhaberinnen und Inhaber, die mit dem staatlichen Gewaltmonopol ausgestattet sind wie die Armee und die Polizei „angesichts ihrer Verantwortung erhöhte Anforderungen hinsichtlich Charakterfestigkeit und Gesetzestreue gestellt werden.“⁴³⁸ Insofern ergeben sich gewisse Verhaltensstandards im Hinblick auf die Erwartungen, die sowohl vom Publikum, als auch von der übergeordneten Behörde und Vorgesetzten an

⁴³³ BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335.

⁴³⁴ BGE 136 I 332 E. 3.3.5 S. 340.

⁴³⁵ BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335, vgl. ferner VerG ZH vom 21.7.2010 PB.2010.00012 E. 13.

⁴³⁶ Vgl. MICHEL, S. 92 f.; WYSS, S. 345; vgl. ferner BVGer A-4792/2010 vom 15.11.2010 E. 3.4 S. 9.

⁴³⁷ MICHEL, S. 97 f.; WYSS, S. 353.

⁴³⁸ VGE BE vom 31.8.2005 22400 E. 6.

Staatsangestellte bestimmter Fachbereiche und Funktionen herangetragen werden. Entsprechend entschied das Bundesverwaltungsgericht über die Recht- und Verhältnismässigkeit einer Kündigung eines hohen Instruktionsoffiziers der Schweizer Armee, der sich über mehrere Jahre hinweg den Steuerzahlungen entzog, indem er sich am Wohnort nicht angemeldet hatte. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus:

„Sein ganzes Verhalten lässt den Beschwerdeführer in einem schlechten Licht erscheinen; bei einem Berufsoffizier der Schweizer Armee mit Vorbildfunktion ist dieses geradezu unentschuldigbar. (...) Der Beschwerdeführer steht zu seinem Arbeitgeber in einem besonderen Verhältnis, da er als hoher Instruktionsoffizier auch eine PSP [Personensicherheitsprüfung] zu bestehen hat, die der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung dienen (Art. 1 BWIS). Er hatte deshalb für geordnete persönliche Verhältnisse zu sorgen. Dazu gehörte auch die Anmeldung bei der Wohnsitzbehörde, die Leistung der staatlichen Abgaben und der Umstand, dadurch dem Arbeitgeber die Vornahme einer aussagekräftige PSP zu ermöglichen.“⁴³⁹

2.2.3.3 Moralvorstellungen, Suchtverhalten und strafbare Handlungen

Wird von der funktionalen Betrachtungsweise ausgegangen, ist folgerichtig, dass Verhaltensweisen, die lediglich den herrschenden Moralvorstellungen zuwiderlaufen und auch Suchtverhalten nicht zwangsläufig zu einer Verletzung der Treuepflicht führen. Erst wenn das Verhalten dienstliche Auswirkungen hat, kann von einer Arbeitspflichtverletzung gesprochen werden⁴⁴⁰. Dasselbe gilt bei strafbaren Handlungen im Privatleben: Erst wenn das begangene Delikt oder die Tatsache einer Verurteilung als solches die Amtstätigkeit konkret beeinträchtigen, kann von einem Treuebruch die Rede sein. Dementsprechend hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid einen öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag aufgehoben, mit der Begründung, das gegen die Betroffene geführte - in der Freizeit verübte - Strafverfahren wegen Verdacht der vorsätzlichen Tötung habe unmittelbare Auswirkungen auf ihre berufliche Eignung und Verfügbarkeit als Sachbearbeiterin/Revisorin bei der Oberzolldirektion, obwohl der Betroffenen keine leitende Funktion zukam. Zudem sei, aufgrund der landesweiten Publizität des hängigen Strafverfahrens und der durch die Anstellung bedingte Aussenkontakte der Betroffenen mit der Bevölkerung, die Glaubwürdigkeit und das Ansehen der Oberzolldirektion als staatliche Kontrollinstanz unmittelbar berührt⁴⁴¹.

⁴³⁹ BVGer vom 17.12.2007 A-6609/2007 S. 18.

⁴⁴⁰ VerG ZH vom 21.7.2010 PB.2010.00012 E. 13.2; HÄNER, S. 417; MICHEL, S. 51.

⁴⁴¹ BGE 132 II 161 E. 4 S. 167.

2.3 Schutz der Grundrechte von Staatsangestellten

Gegenstand der Treuepflicht ist immer ein dienstliches oder ausserdienstliches Tun oder ein Unterlassen; die Treuepflicht ist keine Gesinnungs-, sondern eine Interessenwahrungspflicht. Bereits der Begriff weist terminologisch darauf hin, dass eine Abwägung zwischen den gesamtgesellschaftlichen Ordnungsinteressen des Arbeitgebers einerseits, und dem Interesse des Arbeitnehmers an der Integrität seiner Grundrechte andererseits stattfinden soll⁴⁴². Die Treuepflicht muss sich durch konkrete, von der Verfassung vorgegebene Interessen des Gemeinwesens legitimieren lassen: „Jede andere, aus irgendwelchen transzendentalen, der ‚Natur des Dienstverhältnisses‘ oder sonstigen metaphysischen Begründungen hergeleitete Berechtigung der allgemeinen Treuepflicht“⁴⁴³ ist nicht haltbar.

Dass Staatsangestellte den Schutz der verfassungsmässigen Rechte beanspruchen können, gilt heute als anerkannt. Nichtsdestotrotz können aufgrund der allgemeinen Natur der Treuepflicht verschiedene Freiheitsrechte von Staatsangestellten begrenzt werden. Möglich sind Einschränkungen der Meinungs- und Pressefreiheit, der Vereinsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der persönlichen Freiheit. Auch kann das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt werden, wenn von Staatsangestellten ein anderes Verhalten als von Bürgerinnen und Bürgern verlangt wird⁴⁴⁴.

Allein der Umstand, dass Staatsangestellte in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen, vermag allerdings die Grundrechte nicht einzuschränken. Vielmehr ist unter dem Gesichtswinkel der gesetzlichen Grundlage, dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit abzuwägen, ob die Dienstpflicht eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigt⁴⁴⁵. Welche Beschränkungen unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zulässig sind, ist mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen ethischen Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden sozialen Verhältnisse zu prüfen⁴⁴⁶. Zwingend ist, dass die Beschränkung der Grundrechte geeignet ist, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. Die Massnahmen müssen zudem erforderlich sein, was bedeutet, dass ein Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das

⁴⁴² MICHEL, S. 92 f.

⁴⁴³ HÄNNI, Treuepflicht, S. 48 f.

⁴⁴⁴ HÄNER, S. 407; MICHEL, S. 46. Das Bundespersonalgesetz regelt in Art. 24, welche Rechte des Personals eingeschränkt werden dürfen. Dabei kann der Bundesrat Streikrechte für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben (Art. 24 Abs. 1 BPG). Ebenfalls können die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit beschränkt werden oder dem Personal kann über den Arbeitsvertrag hinausgehende Pflichten auferlegt werden (Art. 24 Abs. 2 BPG).

⁴⁴⁵ BGE 124 I 85 E. 2b S. 87; BGE 108 Ia 172 E. 4b S. 175.

⁴⁴⁶ BGE 126 I 112 E. 3f. S. 116.

Notwendige hinausgehen darf. Schliesslich muss der Eingriff dem Einzelnen auch zumutbar sein; die konkrete Eingriffswirkung muss in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit diesem Eingriff konkret verfolgten Interesse stehen⁴⁴⁷.

2.3.1 Gesetzliche Grundlage der Treuepflicht

2.3.1.1 Treuepflicht als gesetzliche Generalklausel

Während die meisten Dienstpflichten ausdrücklich und detailliert in Gesetzen und Verordnungen verankert sind, bleibt die Treuepflicht als allgemeine Generalklausel in Personalgesetzen, Verordnungen, Weisungen und Dienstreglementen offen umschrieben. Die Generalklauseln bedienen sich unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. die Interessen zu wahren) und meist fehlt die gesetzliche Präzisierung, ob die Treuepflicht sowohl für das innerdienstliche als auch das ausserdienstliche Verhalten verpflichtet und wenn ja, wie weit. Begründet wird die unbestimmte Regelung dahingehend, dass es unmöglich sei, sämtliche Arbeitspflichten gesetzlich konkret zu umschreiben. Überdies beziehe sich die Treuepflicht auf das konkrete Rechtsverhältnis einzelner Staatsangestellten und sei insoweit relativer Natur⁴⁴⁸. Trotz rechtsstaatlicher Bedenken, das Legalitätsprinzip zu vernachlässigen, anerkennen sowohl die herrschende Lehre⁴⁴⁹ als auch das Bundesgericht und mit ihm zahlreiche Rechtsmittelinstanzen in Bund und Kantonen⁴⁵⁰ in ständiger Rechtsprechung die beamtenrechtliche Treuepflicht als gesetzliche Generalklausel und Auffangtatbestand für zahlreiche Pflichten und Freiheitsbeschränkungen im öffentlichen Dienstverhältnis⁴⁵¹.

2.3.1.2 Gesetzliche Bestimmung beim Bund

Auf Bundesebene regelt das Bundespersonalgesetz die Treuepflicht. Gemäss Art. 20 BPG haben die Angestellten die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen und die berechtigten Interessen des Bundes beziehungsweise ihres Arbeitgebers zu wahren. Die lau-

⁴⁴⁷ Vgl. dazu HANGARTNER, S. 394; HÄNNI, Personalrecht, S. 83; KIENER/KÄLIN, S. 76; MICHEL, S. 91 f.

⁴⁴⁸ Statt vieler, HÄNER, S. 405 f.

⁴⁴⁹ Vgl. BELLWALD, S. 52; HÄNER, S. 406; HÄNNI, Personalrecht, S. 78; HANGARTNER, Treuepflicht, S. 388; JAAG, S. 455; JUD, S. 95; MICHEL, S. 94 f.; MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 36. Anderer Meinung SCHIBLI, S. 50 ff. und S. 85 ff: Gemäss SCHIBLI hat die Frage nach dem Inhalt der Treuepflicht in jüngster Zeit erneut dadurch an Bedeutung gewonnen, dass sich aufgrund von Änderungen in der Gesellschaft, der stark gewachsenen Leistungsverwaltung und dem gewachsenen Bedürfnis nach Flexibilität Neuerungen im öffentlichen Personalrecht aufdrängen. Dabei herrscht derzeit Unsicherheit darüber, was die Treuepflicht genau beinhalten soll, weshalb sich eine gesetzliche Regelung der Treuepflicht aufdrängt. Auch DONATSCH, S. 8, führt aus, dass die Treuepflicht derart offen formuliert ist, dass sie dem Legalitätsprinzip, das heisst dem Erfordernis der genügenden Bestimmtheit des Rechtssatzes, nicht entspricht.

⁴⁵⁰ Vgl. die Hinweise in BGE 120 Ia 204 E. 3a S. 205.

⁴⁵¹ MÜLLER, besonderes Rechtsverhältnis, S. 36. Auch in Deutschland wird die in einer allgemeinen Formel ausgedrückte Berufspflicht für Beamte, sich im Beruf so zu verhalten, wie es den Standesangehörigen geziemt als ausreichend angesehen, weil damit auf herkömmliche Berufsregeln Bezug genommen wird, die den Berufsangehörigen im Allgemeinen vertraut oder doch leicht erkennbar sind. SCHNEIDER, S. 46.

fende Revision des Bundespersonalgesetzes sah in der Vernehmlassungsvorlage vor, Art. 20 BPG ersatzlos zu streichen, da die Interessenwahrungspflicht gleichbedeutend mit der in Art. 321a Abs. 1 OR geregelten Sorgfalts- und Treuepflicht sei, welche aufgrund des Verweises in Art. 6 Abs. 2 BPG auch im Arbeitsverhältnis beim Bund gelte⁴⁵². Während nur ein Vernehmlassungsteilnehmer die Streichung von Art. 20 BPG unterstützte, verlangte eine Vielzahl die explizite Beibehaltung des Artikels mit der Begründung, Art. 20 BPG gehe (trotz gleichem Wortlaut) weiter als Art. 321a Abs. 1 OR. So gelte die Treuepflicht der Arbeitnehmenden nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber dem Gemeinwesen schlechthin (Sonderstatusverhältnis). Dazu gehöre auch, dass die Staatsangestellten die Interessen des Staates, seine Autorität und Integrität wahrten⁴⁵³.

2.3.1.3 Gesetzliche Bestimmung im Kanton Zürich

Im Kanton Zürich wird die Treuepflicht in § 49 Personalgesetz verankert: „Die Angestellten haben sich rechtmässig zu verhalten, die Rechte und Pflichten des Volkes zu achten, die ihnen übertragenen Aufgaben persönlich, sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren.“⁴⁵⁴

2.3.2 Öffentliches Interesse

2.3.2.1 Öffentliches Interesse in allgemeiner Weise

Voraussetzung staatlichen Handelns ist das öffentliche Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV). Der Staat hat das Wohl der Allgemeinheit zu schützen und zu fördern und die Anliegen der staatlichen Gemeinschaft wahrzunehmen⁴⁵⁵. Für TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER lässt sich das ‚öffentliche Interesse‘ in allgemeiner Weise wie folgt erläutern:

- „*Interesse* bedeutet das Anliegen eines Subjekts an einem Objekt. Der Begriff verlangt nach einem Interessengegenstand und einem Interessenträger, der über das Vermögen verfügt, dem ins Auge gefassten Gegenstand einen Wert beizulegen.
- *Öffentliche* Interessen sind Anliegen, welche die Öffentlichkeit (verstanden als Allgemeinheit, Bevölkerung, Publikum) für erstrebens- oder erhaltenswert erachtet.“⁴⁵⁶

⁴⁵² Bericht Revision BPG, S. 5.

⁴⁵³ Bericht Vernehmlassungsergebnisse, S. 8, vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.1.4.

⁴⁵⁴ Das seit dem 31. März 2012 ausser Kraft gesetzte Dienstreglement vom 8. März 1951 für das Polizeikorps des Kantons Zürich (LS 551.111) hielt in § 7 fest: „Die Korpangehörigen haben sich in und ausser Dienst einer einwandfreien Aufführung zu befleissen und alles zu vermeiden, was der Ehre und dem Ansehen zum Nachteil gereichen könnte.“

⁴⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 535.

⁴⁵⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 146.

An einer präziseren Definition des öffentlichen Interesses mangelt es und klare Richtlinien, mit Ausnahme der Verfassung und gesetzlicher Zielbestimmungen fehlen, um zu beurteilen, wann ein Anliegen derart erheblich ist, dass es ein öffentliches Interesse darstellt. Fest steht, dass der Begriff zeitlich und örtlich wandelbar ist. Ebenfalls darf das öffentliche Interesse nicht als Abstraktum begriffen werden, sondern muss „als Ausdruck der dahinterstehenden Bedürfnisse und Interessen der einzelnen Individuen im Sinne des Gemeinwohls“⁴⁵⁷ verstanden werden. Dabei kann nur von öffentlichem Interesse sein, was eine gewisse allgemeine Anerkennung genießt und einer mehr oder weniger grossen Zahl von Individuen nützlich ist⁴⁵⁸.

2.3.2.2 Öffentliches Interesse an funktionsfähigen staatlichen Institutionen

Die Treuepflicht ruht auf dem öffentlichen Interesse an der Autorität und Integrität des Staates. WYSS führt aus, dass ein traditionelles öffentliches Interesse an funktionsfähigen staatlichen Institutionen und an der Lauterkeit ihrer Verfahren besteht⁴⁵⁹. Als konkrete Verwaltungsinteressen nennt WYSS Geheimhaltungsinteressen, Effizienz der Verwaltungsabläufe, Glaubwürdigkeit der Verwaltung sowie die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen und die Wirksamkeit staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Gemeint ist damit unter anderem das Interesse staatlicher Verwaltungen, in der Öffentlichkeit Ansehen von Integrität und Uneigennützigkeit zu geniessen: „Die Öffentlichkeit soll darauf vertrauen können, dass staatliche Behörden – und überhaupt alle Stellen, die mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben betraut sind – die ihnen vom Gesetzgeber aufgetragenen Aufgaben korrekt, d.h. rechtmässig, fristgerecht und gemeinwohlorientiert erfüllen.“⁴⁶⁰ Dabei kann die Funktionsfähigkeit der Verwaltung durch verschiedene Faktoren beeinträchtigt werden. Mögliche Gründe einer Beeinträchtigung sind: „[m]angelhafte finanzielle, personelle und infrastrukturelle Ausstattung, nicht ausreichend geschultes Personal, ungenügend geklärte Kompetenzen oder unzureichende Abschottung von äusseren Einflüssen.“⁴⁶¹

2.3.2.3 Überprüfung der zeitgemässen Geltung des öffentlichen Interesses an funktionsfähigen staatlichen Institutionen

Wie zeitgemäss das öffentliche Interesse an der Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates und die damit verbundene Treuepflicht ist, analysiert SCHIBLI gestützt auf die

⁴⁵⁷ WYSS, S. 2.

⁴⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 538; WYSS, S. 13.

⁴⁵⁹ WYSS, S. 329 f.

⁴⁶⁰ WYSS, S. 341.

⁴⁶¹ WYSS, S. 330.

Verfassung und völkerrechtliche Normen, aus denen sich Vorgaben für die Gestaltung der Treuepflicht ableiten lassen. Von Bedeutung sind folgende verfassungsrechtliche Grundsätze und Handlungsmaximen: Erstens, anhand der verfassungsrechtlichen Regelung über die Bundesbehörden (Art. 143 ff. BV) kommt ein Interesse an einer funktionierenden Verwaltung, Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Ausdruck. Zweitens, Effizienzgebote und das Flexibilitätsprinzip, welches ein flexibles und anpassungsfähiges staatliches Handeln erfordert, lassen sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie aus Art. 170 BV, Überprüfung der Wirksamkeit, ableiten, welche die speditive, wirtschaftliche und rationelle Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens verlangen. Drittens, aus dem demokratischen Prinzip und Art. 6 BV, individuelle und gesellschaftliche Verantwortung, resultiert ein verfassungsmässiges öffentliches Interesse an verantwortungsbewussten, initiativen und zum politischen Engagement bereiten Staatsangestellten. Viertens, lässt sich vom rechtsstaatlichen Prinzip bzw. aus dem Grundrechtskatalog der Bundesverfassung (Art. 7 ff. BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 2 ff. EMRK) ableiten, dass Staatsangestellte in den von der Bundesverfassung und von der Gesetzgebung geregelten Rechten und Pflichten stehen, wobei die Freiheit der Meinungsäusserung zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung eingeschränkt werden kann (Art. 10 Abs. 2 EMRK)⁴⁶².

Indem SCHIBLI die verfassungsrechtlichen Grundsätze konkretisiert und prüft welche Anforderungen daraus an eine einwandfreie Verwaltungsführung abzuleiten sind, stellt sie die berechtigten Interessen von Bürgerinnen und Bürgern sowie die des Staates als Arbeitgeber dar und kommt zum Schluss, dass nach wie vor öffentliche Interessen bestehen an

- der Funktionsfähigkeit des Staates;
- der Sicherstellung der ordnungsgemässen Aufgabenerledigung;
- der Flexibilität des Staates und somit auch an flexiblem Staatspersonal;
- bürgernaher Aufgabenerledigung,
- einer unparteiischen und unbestechlichen Erledigung der Staatsaufgaben;
- der Fortbildung und Vergrösserung von Fachwissen der Staatsangestellten;
- der Schadloshaltung des Staates als Arbeitgeber von materiellen Schäden durch seine Mitarbeitenden sowie
- der Aufrechterhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates⁴⁶³.

⁴⁶² SCHIBLI, S. 93 f.

⁴⁶³ SCHIBLI, S. 93 ff.

Die von SCHIBLI identifizierten öffentlichen Interessen wirken sich sowohl auf das innerdienstliche, als auch auf das ausserdienstliche Verhalten von Staatsangestellten aus und begründen sowohl deren allgemeine Pflichten als auch die Treuepflicht.

2.3.2.4 Bedrohung des Institutionenvertrauens durch individuelles Verhalten

Die staatliche Verwaltung wird von der Öffentlichkeit vorwiegend am dienstlichen und ausserdienstlichen Verhalten ihrer Mitarbeitenden wahrgenommen⁴⁶⁴; es ist das Staatspersonal, das die öffentlichen Aufgaben erfüllt und ein Teil des im öffentlichen Interesse tätigen Staates darstellt. Folglich kann die Funktionsfähigkeit der Institution gefährdet werden, wenn Staatsangestellte die staatlichen Aufträge mangelhaft erfüllen und sich fehlverhalten.

Auch für den Bundesrat entsteht eine der heikelsten und intensivsten Bedrohungen der inneren Sicherheit dann, wenn an besonders wichtigen Schlüsselpositionen in der Verwaltung eingesetzte Personen Verrat üben, gegen den Staat selber arbeiten oder seine Institutionen auf rechtswidrige Art verändern wollen⁴⁶⁵. Als Sicherheitsrisiken gelten neben Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, gewalttätiger Extremismus, kriminelle Handlungen und Korruption auch finanzielle Probleme, Abhängigkeiten, Erpressbarkeit und exzessiver Lebenswandel der Mitarbeitenden⁴⁶⁶. Folglich sollen nur Personen eingesetzt werden, die nicht erpressbar sind und Gewähr bieten, ihnen entgegengebrachtes Vertrauen nicht zu missbrauchen. Gerechtfertigt ist es deshalb, bei Personen, die in einem sensiblen Bereich arbeiten, im Rahmen einer Personensicherheitsprüfung sicherheitsrelevante Daten über die Lebensführung zu erheben, insbesondere über ihre engen persönlichen Beziehungen und familiären Verhältnisse, ihre finanzielle Lage, ihre Beziehungen zum Ausland und über Aktivitäten, welche die innere oder die äussere Sicherheit in rechtswidriger Weise gefährden könnten.

Welche Anforderungen an die persönliche Integrität von Personen, die in einem sensiblen Bereich tätig sind, gestellt werden, geht aus einem neueren Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hervor. Das Gericht bestätigte eine negative Risikoverfügung der Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen im Bereich Informations- und Objektsicherheit (IOS), die den Chef der Bundeskriminalpolizei (BKP) als Sicherheitsrisiko einstufte und der Verwaltungseinheit empfahl, den Betroffenen nicht mehr in seiner bisherigen Funktion einzusetzen und ihm keinen Zugang zu gewähren zu Geheimnissen der inneren und äusseren Sicherheit oder zu

⁴⁶⁴ Wyss, S. 343.

⁴⁶⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative „S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei“ vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127 ff.; BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 3 S. 5.

⁴⁶⁶ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 3.

Informationen, deren Aufdeckung die Erfüllung wesentlicher Aufgaben des Bundes gefährden könnte sowie zu ‚vertraulich‘ oder ‚geheim‘ klassifizierten Informationen oder Materialien⁴⁶⁷.

Dem Chef der Bundeskriminalpolizei wird vorgeworfen, erstens seine aus Russland stammende Partnerin durch einen eigenmächtigen Auftrag einer Sicherheitsprüfung unterzogen zu haben, zweitens (anhaltende) mangelnde Sensibilität und fehlendes Gefahrenbewusstsein seines Risikoverhaltens, sich von seiner Partnerin nach fünfmonatiger Beziehung auf einer Dienstreise nach Russland begleiten zu lassen sowie drittens eingeschränkte Vertrauenswürdigkeit, da er seinen Vorgesetzten in vorliegender Angelegenheit nicht involviert hatte.

Für vorliegende Arbeit ist die Einschätzung sowohl der Vorinstanz als auch des Bundesverwaltungsgerichts bedeutend, wonach die offensichtliche Gefährdung durch mangelnde Sensibilität und mangelhaftes Gefahrenbewusstsein, das Eingehen vermeidbarer Risiken zum Nachteil der Eidgenossenschaft aus persönlichen Motiven sowie die eingeschränkte Vertrauenswürdigkeit konkret zur Bedrohung des Institutionenvertrauens führen⁴⁶⁸.

Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass die Veröffentlichung solcher Ungereimtheiten in den Medien einen hohen Spektakelwert habe. Unter Spektakelwert ist der im Eintretensfall zu beurteilende negative Medien- oder Öffentlichkeitswert zu bewerten. Bei der Beurteilung des Spektakelwerts geht es nicht darum, den Staat vor einer Blamage zu schützen. „Es soll vielmehr materieller wie auch immaterieller Schaden präventiv abgewendet und so das störungsfreie Funktionieren der betroffenen Institution bzw. der Eidgenossenschaft als solcher gewahrt werden.“⁴⁶⁹ Gemäss dem vorliegenden Urteil werde im vorliegenden Fall das berufliche und private Verhalten des Betroffenen von der Öffentlichkeit wahrgenommen und vermöge im Falle negativer Geschehnisse über grosses Schadenspotential zu verfügen. So vermochte gemäss Bundesverwaltungsgericht das Vorgehen des Chefs der Bundeskriminalpolizei das Ansehen der Bundeskriminalpolizei zweifellos arg zu strapazieren, weshalb durch die Weiterbeschäftigung in seiner heutigen Funktion ein Reputationsverlust drohe⁴⁷⁰. In vorliegendem Falle überwiege „das öffentliche Interesse an der Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit bzw. an der Vermeidung eines Sicherheitsrisikos und dessen Folgen gegen-

⁴⁶⁷ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 Sachverhalt D, S. 3.

⁴⁶⁸ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 11.1 S. 16.

⁴⁶⁹ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 11.3 S. 17.

⁴⁷⁰ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 11.4 S. 18.

über dem privaten Interesse des Beschwerdeführers an einer weiteren Ausübung als Chef der Abteilung A.“⁴⁷¹

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes erhob der Chef der Bundeskriminalpolizei Beschwerde. Im Zusammenhang mit der strittigen Verfügung der Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen rügte er eine bundesrechtswidrige Sachverhaltsfeststellung sowie eine Verletzung der Begründungspflicht⁴⁷². Weiter wirft der Chef BKP dem Bundesverwaltungsgericht eine rechtsfehlerhafte Anwendung des BWIS und der aPSPV vor, indem es das ihm zustehende Ermessen missbraucht und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz missachtet habe⁴⁷³. Das Bundesgericht weist die Beschwerde des Chefs BKP ab und führt aus, dass der angefochtene Entscheid, mit welchem das Bundesverwaltungsgericht die von der ISO erlassene negative Risikoverfügung bestätigte, nicht zu beanstanden sei⁴⁷⁴.

2.3.2.5 Innerer Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Interesse und den Dienstpflichten

Während lange Zeit ein allgemeines öffentliches Interesse an der Einheit, Effektivität und Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung sowie in deren Funktionsfähigkeit zur Grundrechtseinschränkung der Staatsangestellten genügte, besteht ein neueres Kriterium darin, nach dem inneren Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Interesse und den Dienstpflichten zu fragen: Die Autorität und Integrität sowie das Funktionieren des Staates muss im Zusammenhang mit der zu erfüllenden Dienstpflicht gewahrt werden⁴⁷⁵. Eine allgemeine Beeinträchtigung des Funktionierens des Staates genügt nicht mehr, „sondern es muss gleichzeitig eine Gefährdung desjenigen öffentlichen Interesses ins Feld geführt werden, das dem konkreten Dienstverhältnis zugrunde liegt;“⁴⁷⁶ das öffentliche Interesse muss sich durch von der Verfassung vorgegebene Interessen des Gemeinwesens legitimieren lassen. So sieht beispielsweise Art. 24 Abs. 1 BPG vor, dass das Streikrecht, die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit des Personals nur eingeschränkt werden können, soweit es für die Staatsicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder

⁴⁷¹ BVGer vom 20.9.2011 A-8451/2010 E. 13.2 S. 20. Vergleichbar ist der Fall des ehemaligen Aargauer Polizeikommandanten Stephan Reinhardt, der aufgrund verschiedener Delikte im Strassenverkehr und den damit in Verbindung stehenden Führerausweisentzug seinen Rücktritt als Polizeikommandant per Ende 2012 bekannt gab.

⁴⁷² BGer vom 2.5.2012, 8C_788/2011 E. 4.

⁴⁷³ BGer vom 2.5.2012, 8C_788/2011 E. 5.

⁴⁷⁴ BGer vom 2.5.2012, 8C_788/2011 E. 6.

⁴⁷⁵ Vgl. HÄNER, S. 412; MICHEL, S. 50.

⁴⁷⁶ HÄNER, S. 412.

für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist⁴⁷⁷.

Im BGE 120 Ia 203 prüft das Bundesgericht, ob ein Eingriff in die Grundrechte der Staatsangestellten verfassungsrechtlich ist, indem es analysiert, ob der fragliche Eingriff durch ausreichend beständige und intensive öffentliche Interessen motiviert und gerechtfertigt ist⁴⁷⁸: Gemäss Personalreglement schrieb der Stadtrat vor, dass Beamtinnen und Beamte grundsätzlich dazu verpflichtet seien, ihren Arbeitsplatz ohne Verwendung eines privaten Motorfahrzeuges zu erreichen. Durch die Massnahme sollte die städtische Verkehrspolitik unterstützt und Pendlerströme von privaten Motorfahrzeugen reduziert werden. Ein Beamter, der mit seinem privaten Motorfahrzeug zur Arbeit fahre, gerate mit den verkehrspolitischen Zielen des Gemeinwesens in einen Interessenkonflikt, welcher seine dienstliche Tätigkeit beeinträchtige; der Beamte erwecke „Zweifel an seinem Willen, für die städtische Verkehrspolitik einzustehen und sich dafür einzusetzen; sein Verhalten wirke widersprüchlich und unglaublich.“⁴⁷⁹ Das Bundesgericht führt aus, dass Beamten inner- wie ausserdienstlich nur solche Beschränkungen auferlegt werden können,

„die sich aus den besonderen Erfordernissen des Dienstverhältnisses ergeben. Soweit ein Bezug zum Amt und zur dienstlichen Tätigkeit fehlt, befindet sich ein Beamter in der gleichen Situation wie irgendein Bürger, weshalb rechtliche Ungleichbehandlungen nicht an seinen Beamtenstatus anknüpfen können. Dem Beamten obliegen - losgelöst von seinem Amt und der Pflicht, dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Amtstätigkeit nicht zu schaden – keine über die allgemeine Rechtsordnung hinausgehenden Pflichten.“⁴⁸⁰

Das Bundesgericht stellt fest, dass der Arbeitsweg grundsätzlich zum ausserdienstlichen Bereich gehört, und dass das Verkehrsmittel, mit dem sich ein Staatsangestellter an seinen Arbeitsplatz begibt, nicht mit der Erfüllung der Dienstpflicht und dem Ansehen der Verwaltung in Zusammenhang steht. Ebenfalls darf in einem demokratischen Staatswesen der Beamte nicht ohne dienstliche Notwendigkeit auf die Meinung der Mehrheit verpflichtet werden. Staatsangestellte sind nicht gehalten, die vom Staat verfolgte Politik öffentlich zu verteidigen; es besteht insofern keine positive Treuepflicht⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1620.

⁴⁷⁸ Vgl. Wyss, S. 198.

⁴⁷⁹ BGE 120 Ia 203 E. 4a S. 206.

⁴⁸⁰ BGE 120 Ia 203 E. 3b S. 206.

⁴⁸¹ BGE 120 Ia 203 E. 4a S. 206.

2.3.3 Verhältnismässigkeit

Kann bei einem Eingriff in die Grundrechte ein genügendes öffentliches Interesse begründet werden und ist die konkrete Aufgabenerfüllung der Staatsangestellten betroffen, muss zudem die Verhältnismässigkeit gewahrt sein. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung wird das durch die Interessenprüfung ausgewählte legitime öffentliche Interesse gegen das Interesse der Staatsangestellten an der Ausübung ihrer Grundrechte abgewogen⁴⁸². Erst wenn der Grundrechtseingriff sowohl geeignet als auch erforderlich ist und die Zweckangemessenheit zwischen Eingriff und dem zu erreichenden Ziel, welches im öffentlichen Interesse liegen muss, gewahrt werden, kann von einer verhältnismässigen Massnahme gesprochen werden⁴⁸³. Konkret bedeutet das, „dass die notwendige Freiheitsbeschränkung in einem vernünftigen Verhältnis zu der vom Dienstzweck her geforderten Verhaltensbindung stehen und sich auf das erforderliche Minimum beschränken muss.“⁴⁸⁴ Der Dienstzweck darf dabei nicht allgemein verstanden werden, sondern hängt von den dem Staatsangestellten übertragenen Aufgaben, der Funktion und hierarchischen Stellung ab. Die Grenzen der Grundrechtseinschränkung sind relativ; sie variieren je nach Aufgaben, Funktion und Gehalt des in Frage stehenden Grundrechts⁴⁸⁵. Veranschaulicht wird das Verhältnismässigkeitsprinzip im folgenden Entscheid des Bundesgerichts:

Gemäss neu erlassenem Polizeigesetz wurde vorgeschrieben, dass uniformierte Polizeifunktionäre ein Namensschild zu tragen hätten. Die Pflicht zum Tragen von Namensschildern wurde im Wesentlichen mit einem gewandelten Verständnis der Staatsgewalt in einem demokratischen Rechtsstaat begründet: An die Stelle der anonymen Polizeigewalt solle im Verkehr mit dem Publikum ein Beamter treten, dessen Name dem Bürger bekannt gemacht wird. Dadurch werde eine Bürgernähe angestrebt, die vermehrt zu Respekt gegenüber der Polizei und damit letztlich zu einem ungezwungenen Verhältnis zwischen den Bürgern und den Polizeibeamten beitragen würde⁴⁸⁶. Die gesetzliche Bestimmung wurde vom Polizeibeamtenverband mittels staatsrechtlicher Beschwerde angefochten. Das Bundesgericht kommt entgegen der Meinung des Polizeibeamtenverbandes zum Schluss, „dass die Verpflichtung der uniformierten Polizeibeamten zum Tragen von Namensschildern im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.“⁴⁸⁷ Einerseits vermochten die Bedenken des Polizeibeamtenverbandes

⁴⁸² Vgl. WYSS, S. 229.

⁴⁸³ HÄNER, S. 414; MICHEL, S. 51.

⁴⁸⁴ MICHEL, S. 51.

⁴⁸⁵ MICHEL, S. 51 f.

⁴⁸⁶ BGE 124 I 85 E. 3 S. 88.

⁴⁸⁷ BGE 124 I 85 E. 3b S. 91.

(persönliche Belästigungen der Polizeifunktionäre, übermässige Kontrolle der Polizei durch die Öffentlichkeit, bereits bestehende Pflicht zur Bekanntgabe des Namens etc.) nicht zu widerlegen, dass ein ungezwungenes Verhältnis zwischen Bürgern und der Polizei durchaus im öffentlichen Interesse liege⁴⁸⁸. Andererseits, so das Bundesgericht, wiege der Eingriff in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht schwer. Weiter erscheine „die angefochtene Massnahme nicht als ungeeignet, zu einem offenen Verhältnis zwischen den Polizeibeamten und der Bevölkerung und zu einem Abbau von Spannungen beizutragen. Damit kann die Bildung grösseren Vertrauens in die Polizei verbunden sein.“⁴⁸⁹

2.4 Ergebnisse

LANG begründet die Abschaffung des Disziplinarrechts unter anderem mit der Abschaffung der Amtsdauer und der dadurch gelockerten Bindung zwischen den Angestellten und dem Staat; gemäss LANG vermag ein solcherart gelockertes Sonderstatusverhältnis ein Disziplinarrecht nicht mehr zu rechtfertigen⁴⁹⁰.

Die Abschaffung des Beamtenstatus und der damit einhergehenden Abschaffung der Amtsdauer⁴⁹¹ bedeutet nicht zwangsläufig eine inhaltlich gelockerte Bindung zwischen den Angestellten und dem Staat. Zwar war es nach der Abschaffung der Amtsdauer möglich, Staatsangestellte im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis zu entlassen, doch ist deshalb die Treuepflicht nicht obsolet. Gleichzeitig hat ein gelockertes Sonderstatusverhältnis nicht auch zur Folge, dass keine Arbeitspflichtverletzungen mehr begangen werden.

Das Sonderstatusverhältnis kennzeichnet noch heute die rechtliche Beziehung der Staatsangestellten zum Staat, die sich durch eine Nähe auszeichnet, die nicht für alle Bürgerinnen und Bürger gleichermassen gilt. Die enge Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und seinen Angestellten dient dazu, den reibungslosen und störungsfreien Gang bestimmter Institutionen und Verwaltungszweige sicherzustellen, da nach wie vor ein traditionelles öffentliches Interesse an einem funktionsfähigen Staat und der Lauterkeit seiner Verfahren besteht⁴⁹².

⁴⁸⁸ BGE 124 I 85 E. 3a S. 88.

⁴⁸⁹ BGE 124 I 85 E. 3b S. 91.

⁴⁹⁰ LANG, S. 56; vgl. ferner Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f., vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 1.3.

⁴⁹¹ Der Beamtenstatus zeichnete sich durch ein Anstellungsverhältnis aus, das eine Festanstellung von öffentlichen Angestellten auf eine feste Amtsdauer vorsah. Die Amtsdauer betrug in der Regel vier Jahre. Trotz dieser Begrenzung erfolgte nach Ablauf der 4jährigen Amtsdauer praktisch automatisch die „Wiederwahl“. Mit der Abschaffung des Beamtenstatus wurde auch die Amtsdauer abgeschafft.

⁴⁹² WYSS, S. 329 f.

Eine aus dem Sonderstatusverhältnis resultierende Pflicht ist die Treuepflicht. Diese dient dazu, Störungen in der Verwaltung zu vermeiden, indem sie Staatsangestellte dazu anhält, arbeitsrechtliche Pflichten zu befolgen und staatliche Aufträge zu erfüllen. Die Treuepflicht beeinflusst nach wie vor sowohl inner- als auch ausserdienstliches Verhalten der Staatsangestellten, stellt Anforderungen hinsichtlich deren Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit und vermag die Grundrechte einzuschränken.

Während der Staatsangestellte tatsächlich nicht mehr als Diener des Staates zu verstehen ist, der sich in seiner ganzen Person unterzuordnen hat und zu einer wohlwollenden Gesinnungspflicht dem Staate gegenüber verpflichtet ist, so verbindet den Staat und seine Angestellten doch nach wie vor ein Sonderstatusverhältnis, das durch besondere Rechte und Pflichten gekennzeichnet ist. Der Rückschluss, die Abschaffung der Amtsdauer führe zu einer eingeschränkten Treuepflicht verkennt, dass die Treuepflicht durch den Wandel zur Interessenwahrungspflicht weder an Wichtigkeit noch an Verbindlichkeit eingebüsst hat.

3 Voraussetzungen disziplinarischer Verantwortlichkeit

Die disziplinarische Verantwortlichkeit eines Staatsangestellten beginnt beim Eintritt in den Staatsdienst und dauert bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Tritt der bzw. die Betroffene aus dem Staatsdienst aus, wird eine bereits eröffnete Disziplinaruntersuchung eingestellt⁴⁹³. Fortgesetzt werden kann das Verfahren nur, wenn dieses noch einem anderen Ziel dient als dem, den Fehlbaren zur Ordnung zu rufen⁴⁹⁴. Zum Tatbestand einer Dienstpflichtverletzung gehören objektiv der Verstoss gegen Dienst- oder Berufspflichten und subjektiv das Verschulden. Fehlt eines dieser Voraussetzungen, beispielsweise bei einer Bagatellverfehlung⁴⁹⁵ oder einem Arbeitsfehler, liegt keine Dienstpflichtverletzung vor. Ein Rechtfertigungsgrund kann eine Arbeitspflichtverletzung legitimieren⁴⁹⁶. Weiter setzt die Verfolgung einer Arbeitspflichtverletzung voraus, dass diese noch nicht verjährt ist.

3.1 Disziplinarartatbestand

Der Tatbestand des Disziplinarfehlers ist Ausgangspunkt des Disziplinarverfahrens. Anders als im Strafrecht hat der Gesetzgeber es im Disziplinarrecht unterlassen, einzelne Pflichtverletzungen zu normieren und mit konkreten Strafandrohungen zu versehen. So bleibt für die Normierung der Arbeitspflichtverletzung eine Generalklausel, die ihre gesetzliche Definition an die Dienstpflichten knüpft, welche wiederum entweder konkret oder als Generalklausel verankert sind. Grundlage des Disziplinarartatbestandes bildet die Treuepflicht und die daraus abgeleiteten Arbeits- und Verhaltenspflichten der Staatsangestellten. Werden diese missachtet, ist der Disziplinarartatbestand erfüllt und eine Arbeitspflichtverletzung liegt vor.

Der Grund dafür ist die Unmöglichkeit, im Gesetz selbst oder in entsprechenden Ausführungserlassen die einzelnen Arten von Disziplinarfehlern aufzuführen⁴⁹⁷. Daran änderten auch die gegen Ende der 1980er Jahre aufkommenden Bedenken nichts, „dass eine derart unbe-

⁴⁹³ Art. 98 Abs. 3 BPV.

⁴⁹⁴ BVGer vom 1.4.2009 A-4236/2008 E. 6.3 S. 11. In vorliegendem Entscheid hatte die ETH Zürich zudem das berechnete Interesse, den Betroffenen zukünftig von der ETH fernzuhalten. Somit verlangte die Aufrechterhaltung bzw. die Sicherung der Anstaltsordnung eine weitergehende, auch über das Sonderstatusverhältnis hinausgehende Disziplinierung. Verhindert werden soll, dass Studierende durch einen frühzeitigen Austritt aus der ETH den Erlass einer Ausschluss-Verfügung verhindern könnten.

⁴⁹⁵ Mit Bagatellen sind Geringfügigkeiten im Bereich der Ordnungswidrigkeiten gemeint (z.B. ein einmaliges Zuspätkommen). Es wäre unverhältnismässig, in solchen Fällen das Verhalten als Dienstpflichtverletzung disziplinarisch zu ahnden.

⁴⁹⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1202 ff.; HINTERBERGER, S. 128 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 316 ff.; HINTERBERGER, S. 113 nennt folgende Gründe, die die Widerrechtlichkeit einer Pflichtverletzung ausschliessen: Notwehr, Notstand, Handeln auf dienstliche Anordnung, Wahrnehmung berechtigter Interessen und Einwilligung des Verletzten.

⁴⁹⁷ BELLWALD, S. 50 ff.; HANGARTNER, S. 429 f.; HINTERBERGER, S. 97 ff.; SCHALLER, S. 39 f.

stimmte Umschreibung der Voraussetzungen disziplinarischer Massregelung elementaren rechtsstaatlichen Anforderungen an die Gesetzgebung nicht genüge und einer missbräuchlichen Handhabung von Disziplinarbefugnissen Tür und Tor öffne.“⁴⁹⁸

Nichtsdestotrotz wurden verschiedene Bestrebungen unternommen, den Disziplinaratbestand gesetzlich zu konkretisieren. Im damaligen Vernehmlassungsentwurf des Personalgesetzes des Kantons Zürich wurde als Disziplinarfehler jede rechtswidrige und schuldhafte Verletzung von Dienstpflichten bezeichnet. Zusätzlich wurden folgende Verhaltensweisen aufgezählt, die als Disziplinarfehler gelten sollten:

- a) jedes Verhalten, das geeignet ist, den ordnungsgemässen Gang, das Ansehen oder die Vertrauenswürdigkeit der staatlichen Tätigkeit zu beeinträchtigen;
- b) jedes Verhalten im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit, das geeignet ist, die Würde von Menschen zu verletzen;
- c) die Störung der vorgeschriebenen Verfahrensordnung;
- d) die Verletzung des für amtliche Handlungen gebotenen Anstandes⁴⁹⁹.

Das Bundespersonalgesetz spricht in Art. 25 BPG von der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten. Die Kantonspolizei Zürich definiert die Arbeitspflichtverletzung als jede Handlung und Unterlassung, welche die Sorgfalts- und Treuepflicht eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin gegenüber dem Arbeitgeber verletzt. Als mögliche Dienstpflichtverletzungen werden aufgezählt:

- strafbare Handlungen (unabhängig davon ob ein Strafantrag gestellt wurde);
- Missachtung von Befehlen und Anweisungen Vorgesetzter;
- Ungebührlicher Umgang mit Mitarbeitenden aller Stufen sowie Dritten;
- Grobfahrlässige Verursachung von Sachschaden;
- Die Verletzung der Pflicht, sich dienstlich wie ausserdienstlich einwandfrei zu verhalten, um dem Ansehen der Kantonspolizei zu schaden (§ 7 DR)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ HINTERBERGER, S. 102.

⁴⁹⁹ Vernehmlassungsentwurf Personalgesetz ZH, § 58. Die Definition ist identisch mit dem Disziplinarfehler, geregelt in § 2 des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen vom 30. Oktober 1866 (LS 312).

⁵⁰⁰ Administrativverfahren bei Arbeitspflichtverletzungen, DB 1.9.1 des Polizeikommandos des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2010, Ziff. 3.

3.2 Verschulden

Staatsangestellte werden nur dann disziplinarisch zur Verantwortung gezogen, wenn sie eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Pflicht schuldhaft, d.h. absichtlich oder fahrlässig, verletzen. „Das Verschulden besteht in einer vorwerfbaren inneren Beziehung des Fehlbaren zu seinem pflichtwidrigen Verhalten.“⁵⁰¹ Ein schuldhaftes Verhalten liegt vor, wenn ein Staatsangestellter pflichtwidrig handelte, obwohl er oder sie bei richtiger Willensbetätigung pflichtgemäss hätte handeln können.

Vorsätzliches Handeln setzt Wissen und Wollen der Tatmerkmale voraus. Auch handelt vorsätzlich, wer nicht für sicher hält, sondern es bloss als möglich erachtet, dass sein Verhalten eine Dienstpflicht verletzt; die Verwirklichung des Tatbestandes wird bewusst in Kauf genommen (Eventualvorsatz)⁵⁰². Das Verschuldensmass besteht dementsprechend im Grad der Vorwerfbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens, der geringer oder grösser sein kann⁵⁰³.

Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt ausser Acht lässt, zu der er nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten im Stande ist. Dabei wird zur objektiven Beurteilung die angewendete Sorgfalt hypothetisch mit einem ‚Durchschnittsmass‘ an Sorgfalt und Aufmerksamkeit verglichen⁵⁰⁴. Weiter müssen die Betroffenen die Pflichtwidrigkeit des Handelns erkannt haben oder zumindest muss die Möglichkeit bestehen, dass die Pflichtwidrigkeit hätte erkannt werden können. Eine blosser Unkenntnis der Pflichten führt nur dann zum Ausschluss des Verschuldens, wenn den Betroffenen nicht der Vorwurf gemacht werden kann, sie hätten die ihnen obliegende Verpflichtung kennen sollen und können⁵⁰⁵. Weiter ist – z.B. für die Zumessung der Sanktion – zwischen Fahrlässigkeit und Grobfahrlässigkeit zu unterscheiden⁵⁰⁶: „Als grobfahrlässig gilt jene Dienstpflichtverletzung, die unter Missachtung elementarster Vorsichtsgebote verwirklicht worden ist. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Bedienstete einer nur entfernt in Betracht kommenden Möglichkeit einer Dienstpflichtverletzung keine Aufmerksamkeit schenkt.“⁵⁰⁷ In jedem Fall setzt der Vorsatz das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit voraus. Auf die Fähigkeit zu

⁵⁰¹ HINTERBERGER, S. 125; vgl. ferner NÖTZLI, Rz. 133.

⁵⁰² HINTERBERGER, S. 139 f.; RIKLIN, S. 189.

⁵⁰³ HINTERBERGER, S. 368.

⁵⁰⁴ HINTERBERGER, S. 144.

⁵⁰⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1202 ff.; HINTERBERGER, S. 128; HUMMEL/KÖHLER/MAYER, S. 89; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 316.

⁵⁰⁶ Vgl. Art. 25 BPG, wo gem. Abs. 2 bei Fahrlässigkeit leichte Massnahmen und gem. Abs. 3 bei Vorsatz und Grobfahrlässigkeit schwerere Massnahmen vorzusehen sind.

⁵⁰⁷ HINTERBERGER, S. 139.

rechtstechnischen Überlegungen kommt es nicht an, sondern vielmehr genügt die Kenntnis, dass das Verhalten gegen die Dienstpflichten verstösst⁵⁰⁸.

Vom schuldhaften Verhalten abzugrenzen ist eine fehlerhafte, leistungsunwillige, langsame oder nachlässige Arbeitsweise, die, im Gegensatz zu einer unverschuldeten Schlechtleistung z.B. durch Krankheit, objektiver Überbelastung etc., zwar ebenfalls zurechenbar ist, nicht aber den für ein Disziplinarverfahren benötigten Grad des Verschuldens erreicht⁵⁰⁹. Gemäss KÖLZ/BOSSHART/RÖHL ist ein disziplinarisches Verschulden „nicht nur im Sinne des Strafrechts dann zu verneinen, wenn der Fehlbare nicht zurechnungsfähig war (mangelnde Schuldfähigkeit), wenn er sich der Pflichtwidrigkeit nicht bewusst war und nicht bewusst sein musste (fehlendes Unrechtsbewusstsein) oder wenn er aus einer unverschuldeten Zwangslage handelte (mangelnde Zumutbarkeit), sondern auch dann, wenn das Fehlverhalten auf mangelnde Eignung zurückzuführen ist.“⁵¹⁰

3.3 Verjährung

3.3.1 Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist ist nicht einheitlich festgelegt. Auf Bundesebene verjährt die disziplinarische Verantwortlichkeit der Staatsangestellten ein Jahr nach Entdeckung der Arbeitspflichtverletzung (relative Verjährung), auf alle Fälle aber drei Jahre nach der letzten Verletzung dieser Pflichten (absolute Verjährung)⁵¹¹. Im Gesetzesentwurf von 1982 sah der Regierungsrat des Kantons Zürich als relative Verjährung eine sechsmonatige Frist und eine absolute Verjährungsfrist von zwei Jahren vor⁵¹². Im Vernehmlassungsentwurf des Personalgesetzes 1995 wurden diese Fristen der bundesrechtlichen Lösung angepasst⁵¹³.

⁵⁰⁸ HINTERBERGER, S. 139.

⁵⁰⁹ Vgl. ferner SUDJANA, S. 111.

⁵¹⁰ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG N 7 zu § 76.

⁵¹¹ Das Bundesdisziplinarrecht (BRD) regelt ein abgestuftes Disziplinar-massnahmeverbot wegen Zeitablaufs. Gemäss § 15 darf ein Verweis nicht mehr erteilt werden, wenn seit der Vollendung eines Dienstvergehens mehr als zwei Jahre vergangen sind (Abs. 1). Sind seit der Vollendung eines Dienstvergehens mehr als drei Jahre vergangen, darf eine Geldbusse, eine Kürzung der Dienstbezüge oder eine Kürzung des Ruhegehalts nicht mehr ausgesprochen werden (Abs. 2). Sind seit der Vollendung eines Dienstvergehens mehr als sieben Jahre vergangen, darf auf Zurückstufung nicht mehr erkannt werden (Abs. 3). § 16 regelt zudem ein Verwertungsverbot sowie die Entfernung aus der Personalakte.

⁵¹² Abl. 1982, S. 226 ff., § 65. Allerdings begann die Verjährungsfrist mit jeder Untersuchungshandlung neu zu laufen.

⁵¹³ Vernehmlassungsentwurf Personalgesetz ZH, § 59.

Der Zweck des Disziplinarrechts begründet die kurzen Verjährungsfristen: Durch die Verfolgung arbeitsrechtlicher Pflichtverletzungen wird das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung gewährleistet und die Integrität und Leistungsfähigkeit der Staatsangestellten gesichert. Ist seit der Pflichtverletzung geraume Zeit verstrichen, funktioniert die Verwaltung seither einwandfrei und hat sich der bzw. die Betroffene seither bewährt, so besteht kein öffentliches Interesse mehr, eine Disziplinaruntersuchung durchzuführen und Massnahmen zu ergreifen⁵¹⁴. Auch wird es zusehends schwieriger, einem Verdacht nachzugehen, verfügt doch das Disziplinarverfahren nicht über die gleichen Mittel der Beweisbeschaffung und/oder Beweisicherung wie ein Strafverfahren.

3.3.2 Fristenlauf

Die Frist der Verjährung beginnt mit der Entdeckung des pflichtwidrigen Verhaltens zu laufen. Dabei genügt es, wenn der Vorgesetzte den Fehler entdeckt; für den Beginn des Fristenlaufes ist nicht erforderlich, dass die Disziplinarbehörde Kenntnis von der Dienstpflichtverletzung erhält. Der Fristenlauf wird allerdings nicht schon in Gang gesetzt, wenn der Vorgesetzte einen unbestimmten Verdacht hegt; erst der hinreichend begründete Verdacht gilt als Entdeckung der Dienstpflichtverletzung⁵¹⁵. Den Beginn des Fristenlaufs auf den Zeitpunkt der Entdeckung durch den Vorgesetzten festzulegen dient der Rechtssicherheit trotz Opportunitätsprinzip; verhindert werden soll, dass der bzw. die Betroffene jahrelang im Ungewissen bleiben muss, ob doch noch ein Disziplinarverfahren gegen ihn bzw. sie eröffnet wird.

3.3.3 Ruhen der Verjährung

Die Verjährung ruht, solange wegen des gleichen Sachverhalts ein Strafverfahren durchgeführt wird oder solange über Rechtsmittel noch nicht entschieden ist, die in der Disziplinaruntersuchung ergriffen werden⁵¹⁶. Nicht eindeutig ist, ob auch die absolute Verjährung während dieser Zeit ruht. Das Bundesgericht führt trotz Art. 22 Abs. 3 VG⁵¹⁷ aus: „Es [das Disziplinarverfahren] kennt keine Unterbrechung der Verjährung, sondern gestattet der Disziplinarbehörde lediglich, vor dem Abschluss des Verfahrens den Ausgang eines hängigen Strafverfahrens abzuwarten.“⁵¹⁸ Welche Konsequenzen daraus für die absolute Verjährung resultieren, erläutert das Bundesgericht nicht. Gemäss BELLWALD ruht die Verjährung in den be-

⁵¹⁴ Vgl. BELLWALD, S. 140 f.

⁵¹⁵ BGE 105 Ib 69 E. 2a S. 71; vgl. ferner BELLWALD, S. 140; HÄNNI, Personalrecht, S. 93.

⁵¹⁶ Art. 22 Abs. 2 und 3 VG; Art. 103 BPV.

⁵¹⁷ Art. 22 Abs. 3 VG: „Die Verjährung ruht, solange wegen des nämlichen Tatbestandes ein Strafverfahren durchgeführt wird oder solange über Rechtsmittel noch nicht entschieden ist, die im Disziplinarverfahren ergriffen wurden.“

⁵¹⁸ BGE 105 Ib 69 E. 2a S. 70.

reits erwähnten Fällen, verjährt aber auf jeden Fall absolut, wenn seit der letzten Verfehlung drei Jahre verstrichen sind: „[Die] Dienstpflichtverletzung darf nicht mehr zu einer Disziplinierung Anlass geben; ein eingeleitetes Disziplinarverfahren ist einzustellen.“⁵¹⁹ Gleicher Meinung ist SCHMID: Gemäss Art. 98 Abs. 4 BPV kann aus wichtigen Gründen ausnahmsweise vor Beendigung des Strafverfahrens über Disziplinar massnahmen entschieden werden. Als wichtigen Grund für den Abschluss eines Disziplinarverfahrens trotz anhaltender Strafuntersuchung nennt SCHMID die Verhinderung der Verjährung von Disziplinarfehlern, die durch relativ kurze Fristen gekennzeichnet sind⁵²⁰.

⁵¹⁹ BELLWALD, S. 142.

⁵²⁰ SCHMID, S. 53.

4 Disziplinar-massnahmen

4.1 *Rechtsnatur*

4.1.1 *Abgrenzung zu administrativen Massnahmen*

Im Disziplinarrecht wurde anfänglich begrifflich zwischen Disziplinarstrafen und Disziplinar-massnahmen unterschieden. Erstere beinhalteten echte Strafen und konnten als solche nur verhängt werden, wenn eine Pflichtverletzung auf Verschulden beruhte. Disziplinar-massnahmen dagegen setzten kein Verschulden voraus, dienten aber gleichwohl demselben Zweck wie die Disziplinarstrafen, nämlich der Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung im Personenkreis, in dem das Disziplinarrecht galt⁵²¹. Mit der eindeutigen Zuordnung des Disziplinar-rechts zum Verwaltungsrecht wurde die Natur der Massnahme geklärt und die Begriffe angepasst:

„Die Disziplinar-massnahmen werden als „administrative Zwangsmittel“, „Massnahmen des Verwaltungszwangs“ oder „administrative Sanktionen“ und das Disziplinarrecht entsprechend als „verwaltungsrechtliches Ordnungsrecht“ oder „beamtenrechtliches Massnahmenrecht“ verstanden.“⁵²²

Doch noch heute bereitet die Abgrenzung Schwierigkeiten, auch wenn die Terminologie eine andere ist: Gegenwärtig sind administrative Massnahmen von den Disziplinar-massnahmen als repressive Zwangsmassnahmen abzugrenzen⁵²³. Massgebend dabei sind die Natur und die Voraussetzung, nicht aber die äussere Bezeichnung der Massnahmen⁵²⁴. Für JAAG sind administrative Massnahmen „all jene Vorkehrungen, welche die Sicherstellung der geordneten Verwaltungstätigkeit zum Ziel haben. Sie können rein organisatorischer Natur sein, daneben aber auch personelle Konsequenzen zeitigen.“⁵²⁵ Wesentlicher Unterschied für JAAG ist, dass administrative Massnahmen nicht den Charakter von Sanktionen haben und deshalb kein Verschulden voraussetzen. Somit sind Administrativ-massnahmen Ermahnungen und ähnliche Vorkehrungen mit Belehrungscharakter⁵²⁶.

Die Unterscheidung ist praxisrelevant: Im Jahre 2003 entschied das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, dass es sich bei der zu beurteilenden Versetzung um eine administrative

⁵²¹ HINTERBERGER, S. 50.

⁵²² HINTERBERGER, S. 51 f.

⁵²³ Immer häufiger werden administrative Massnahmen personalrechtlich Massnahmen genannt und die damaligen Disziplinar-massnahmen werden heute Administrativ-massnahmen genannt.

⁵²⁴ BGE 100 Ib 21 E. 1b S. 25.

⁵²⁵ JAAG, Dienstverhältnis, S. 459.

⁵²⁶ JAAG, Dienstverhältnis, S. 459.

Massnahme handle. Einerseits sei der Betroffene für sein angeblich unentschuldbares Verhalten verwarnt worden, was eine disziplinarische Massnahme darstelle. Die Versetzung andererseits sei angeordnet worden, weil dem Vorgesetzten nicht mehr zugemutet werden konnte, mit dem Beschwerdeführer zusammen zu arbeiten. Die Situation hätte nur bereinigt werden können, indem der Betroffene seiner Führungsfunktion entbunden worden sei. Obwohl dem Betroffenen kein fehlerhaftes Verhalten habe vorgeworfen werden können, sei das Vertrauensverhältnis gestört gewesen. Die umstrittene Massnahme habe folglich nicht der Massregelung des Betroffenen gedient – zu diesem Zweck sei er verwarnt worden – sondern der Wiederherstellung eines ungestörten Arbeitsklimas, weshalb die Beschwerde als Personalbeschwerde entgegengenommen wurde⁵²⁷.

4.1.2 Disziplinar massnahmen als repressive verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen

Disziplinarische Massnahmen sind administrative Sanktionen und somit grundsätzlich keine Strafen im Rechtssinn, weshalb sie keinen vergeltenden und punitiven Charakter aufweisen. Vielmehr kommt den Disziplinar massnahmen ein lenkender Charakter zu, der dazu dient, den geordneten Aufgabenvollzug in der Verwaltung sicherzustellen⁵²⁸. Nichtsdestotrotz greifen Disziplinar massnahmen in geschützte Rechtspositionen der Staatsangestellten ein⁵²⁹: Sie sind repressive verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen und dienen dazu, Druck auf die Pflichten auszuüben, um sie zu veranlassen, ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen und sich in Zukunft standesgemäss zu verhalten. Im Anschluss an eine Pflichtverletzung soll verhindert werden, dass künftig erneut ein rechtswidriger Zustand eintritt⁵³⁰. Nicht entscheidend ist die Sanktionsart: Auch Busse und Verweis sowie die befristete Einstellung im Beruf sollen den Betreffenden dazu bringen, sich in Zukunft ordnungsgemäss zu verhalten.

Auch wenn das pönale Element nur von zweitrangiger Bedeutung ist⁵³¹, so kommt Disziplinar massnahmen doch Sanktionscharakter zu; „ihre Verhängung stellt eine Massregelung dar, welche die Feststellung, den Vorwurf, und die Missbilligung eines rechtswidrigen Verhaltens in sich schliesst und dem Betreffenden nahelegt, dieses in Zukunft zu unterlassen.“⁵³² Entsprechend können Disziplinar massnahmen bei den Betroffenen eine strafähnliche Wirkung nach

⁵²⁷ VerG ZH vom 28.4.2004 PB.2003.00041 E. 1.3.

⁵²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1192; OGG, S. 40 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 315; Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

⁵²⁹ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

⁵³⁰ Vgl. BELLWALD, S. 143; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1137; OGG, S. 40 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 302; BGE 108 Ia 230 E. 2a S. 232.

⁵³¹ BGE 108 Ia 230 E. 2a S. 232.

⁵³² HINTERBERGER, S. 58.

sich ziehen, obwohl deren Funktion überwiegend in der Spezial- und Generalprävention zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Ansehen liegt und gerade keinen vergeltenden (punitiven) Charakter oder bei Bussen und Lohnkürzungen keinen fiskalischen Zweck aufweisen⁵³³. Dessen ungeachtet kann eine schwere Disziplinar massnahme einen Staatsangestellten härter treffen als eine Kriminalstrafe⁵³⁴. Trotzdem hat das Bundesgericht die Gleichsetzung von Kriminal- und Disziplinarstrafe wiederholt abgelehnt: „Die Disziplinarstrafe ist in erster Linie administratives Zwangsmittel und bezweckt die Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung innerhalb des besonderen Personenkreises, für den das Disziplinarrecht gilt.“⁵³⁵

4.1.3 Disziplinar massnahmen als pönale Massnahmen

Da nach wie vor die Begriffe und die Einordnung verwaltungsrechtlicher Sanktionen schwer zu ordnen sind, schlägt JAAG eine Neugliederung verwaltungsrechtlicher Sanktionen in drei Kategorien vor (exekutorische Massnahmen, administrative Rechtsnachteile und pönale Massnahmen), die sich auf die mit den Sanktionen verfolgten Ziele und die dafür eingesetzten Mittel stützen⁵³⁶. Für JAAG dienen exekutorische Massnahmen und administrative Rechtsnachteil der Herstellung des rechtmässigen Zustandes; dieser wird durch die Erzwingung der Realerfüllung (exekutorische Massnahme) und der Verweigerung sowie dem Entzug von Vorteilen (administrativer Rechtsnachteil) erreicht. Letztere dienen dabei auch, wie die pönalen Massnahmen der Ahndung von pflichtwidrigem Verhalten⁵³⁷. Disziplinar massnahmen werden den pönalen Verwaltungssanktionen zugeordnet, ebenso wenn einige der Disziplinar mass-

⁵³³ Vergleichbar ist der poenale Charakter der Präventivmassnahme im Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (Hooligankonkordat). Aus juristischer Sicht handelt es sich um verwaltungsrechtliche Präventivmassnahmen, um Sportveranstaltungen sicherer zu machen. Ziel ist, potenzielle Chaoten von solchen Veranstaltungen fernzuhalten. In der Wahrnehmung der Betroffenen und der Bevölkerung haben die verwaltungsrechtlichen Massnahmen allerdings einen überwiegend und deutlichen poenalen Charakter. HENSLE, S. 40 f. Das Bundesgericht führt zu den Präventivmassnahmen im Hooligankonkordat Folgendes aus: „Die umstrittenen polizeilichen Massnahmen weisen keinen strafrechtlichen Charakter auf und enthalten keine repressiven Komponenten. Sie sind vielmehr polizeilicher Natur und dienen präventiv der Gefahrenabwehr. Deren Anordnung enthält für sich gesehen keinen strafrechtlichen Vorwurf. Es wird nicht zum Ausdruck gebracht, dass die betroffene Person sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hätte. Es kann auch nicht gesagt werden, dass von den Massnahmen indirekt ein strafrechtlicher Vorwurf ausgehen würde.“ BGE vom 16.11.2009, 1C_278/2009 E. 4.

⁵³⁴ Vgl. BELLWALD, S. 26; HINTERBERGER, S. 49; SCHALLER, S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 315; WALDMANN, S. 104 f.

⁵³⁵ BGE 97 I 831 E. 1 S. 835; vgl. ferner BGE 73 I 289 E. 3 S. 290; BGE 108 Ia 230 E. 2b S. 232. Anderer Meinung ist STRATENWERTH: Einige disziplinarrechtliche Sanktionen wie der Verweis, die Busse und die Kürzung der Besoldung hätten Strafcharakter und dienten dazu, den Disziplinarverstoss zu sühnen und den Fehlbaren von der Wiederholung ähnlicher Handlungen abzuhalten. Folglich sei davon abzuleiten, dass Sanktionen mit überwiegendem Strafcharakter nur dort zulässig wären, wo eine Strafverfolgung nicht stattfindet, weil z.B. der Disziplinarverstoss keinen Straftatbestand erfüllt oder weil ein Strafantrag fehlt, STRATENWERTH § 2 Rz. 48.

⁵³⁶ JAAG, Sanktionen, S. 18.

⁵³⁷ JAAG, Sanktionen, S. 3.

nahmen auch als administrative Rechtsnachteile im Sonderstatusverhältnis bezeichnet werden können⁵³⁸.

„Pönale verwaltungsrechtliche Sanktionen sind jegliche Arten von Pflichten oder Beschränkungen von Rechten, welche in der Folge von Verstössen gegen verwaltungsrechtliche Obliegenheiten auferlegt werden können.“⁵³⁹ Dabei lässt sich für JAAG das Ziel, den rechtmässigen Zustand mit den pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen wiederherzustellen, nicht erreichen; die Rechtswidrigkeit kann durch pönale verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht behoben werden⁵⁴⁰. Pönale Sanktionen stellen daher eine Ersatzlösung dar, durch die dem Fehlbaren Nachteile auferlegt werden, in der Erwartung, dass dadurch wenigstens in Zukunft die Pflicht erfüllt und rechtmässiges Verhalten erreicht werden kann. Ebenfalls soll den pönalen Verwaltungssanktionen eine präventive Wirkung zukommen. Insofern erfüllen sie die gleiche Funktion wie das Strafrecht⁵⁴¹. Auch für HÄNER ist kaum strittig, dass es sich bei pönalen Verwaltungssanktionen – deren Zweck entsprechend – stets auch um die Ahnung einer Pflichtverletzung handelt, weshalb diesen Massnahmen repressiver Charakter zukommt⁵⁴².

So bedürfen gemäss JAAG pönale Verwaltungsmassnahmen in gleicher Weise wie strafrechtliche Sanktionen einer gesetzlichen Grundlage: Soweit sie eine gewisse Schwere erreichen, müssen die Massnahmen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein⁵⁴³. Das gleiche gilt für JAAG in Bezug auf das Verschulden als Voraussetzung für die Auferlegung pönaler verwaltungsrechtlicher Sanktionen: Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind nur gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzung schuldhaft erfolgt ist. „Demzufolge ist in einem korrekten Verfahren das Verschulden zu prüfen und die Sanktion unter anderem nach der Schwere des Verschuldens auszurichten. Auch in dieser Beziehung gilt für pönale Verwaltungssanktionen nichts anderes als für das Strafrecht.“⁵⁴⁴ Folglich unterscheidet sich für JAAG das verwaltungsrechtliche vom strafrechtlichen Sanktionensystem nicht grundsätzlich, vielmehr sind ihre Abweichungen im Allgemeinen gradueller Natur⁵⁴⁵.

⁵³⁸ JAAG, Sanktionen, S. 12.

⁵³⁹ JAAG, Sanktionen, S. 10.

⁵⁴⁰ JAAG, Sanktionen, S. 2.

⁵⁴¹ JAAG, Sanktionen, S. 10.

⁵⁴² HÄNER, Mindestgarantien, S. 37.

⁵⁴³ JAAG, Sanktionen, S. 16.

⁵⁴⁴ JAAG, Sanktionen, S. 16.

⁵⁴⁵ JAAG, Sanktionen, S. 17.

4.2 Arten der Disziplarmassnahmen

4.2.1 Allgemeines

Die pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen decken sich nur teilweise mit den Sanktionen des Strafrechts. Die Vielfalt möglicher Sanktionen im Verwaltungsrecht ist wesentlich grösser, als im Strafrecht. Vorausgesetzt, eine gesetzliche Grundlage ist vorhanden, kommen im Verwaltungsrecht Rechtsnachteile jeglicher Art in Frage. Dabei sind verwaltungsrechtliche Sanktionen grundsätzlich milder als die Sanktionen des Strafrechts⁵⁴⁶.

Damit Disziplarmassnahmen das Ziel, institutionelle Ordnung sicherzustellen, erreichen können, müssen sie im Lichte des jeweils massgebenden Ordnungszwecks dazu als geeignet erscheinen und dürfen keine Grundrechte verletzen⁵⁴⁷. Da die Änderung der dienstlichen Stellung meist dazu geeignet ist, den guten Gang der Verwaltung wieder herzustellen, damit Ansehen und Vertrauenswürdigkeit der Behörde nach aussen erneut gewahrt werden kann, knüpfen die meisten Disziplarmassnahmen an die dienstrechtliche Stellung der Betroffenen; es werden Ansprüche und Pflichten geändert oder aufgehoben, die aufgrund des öffentlichen Dienstverhältnisses bestehen⁵⁴⁸.

Aus dem Legalitätsprinzip folgt, dass die zulässigen Disziplarmassnahmen abschliessend in einem Gesetz aufzuzählen sind: Auch das besondere Rechtsverhältnis rechtfertigt keine generalklauselartige Umschreibung der zu treffenden Disziplarmassnahmen. Das Verhängen von anderen als den aufgezählten Massnahmen ist auch dann unzulässig, wenn die Massnahme milder ausfällt⁵⁴⁹. Die Kumulation von Disziplarmassnahmen ist in Ausnahmefällen möglich⁵⁵⁰. Als unzulässig gilt eine gesetzlich nicht vorgesehene Kumulation zweier Disziplarmassnahmen dann, wenn damit eine gesetzlich vorgesehene Höchstgrenze umgangen würde (z.B. die Kumulation von Busse und Lohnreduktion)⁵⁵¹. Mehrere Dienstpflichtverletzungen werden grundsätzlich mit einer Massnahme geahndet⁵⁵².

⁵⁴⁶ JAAG, Sanktionen, S. 17.

⁵⁴⁷ WALDMANN, S. 99.

⁵⁴⁸ HINTERBERGER, S. 263.

⁵⁴⁹ BELLWALD, S. 143; HANGARTNER, Reform, S. 432; HÄNNI, Personalrecht, S. 93 f.; HINTERBERGER, S. 265; JAAG, S. 458. In der Botschaft zum Entwurf des BPG war vorgesehen, dass der Bundesrat weitere Massnahmen erlassen könne. Der fragliche Abs. 4 wurde dann allerdings in der nationalrätlichen Debatte gestrichen, was zur Folge hatte, dass die Massnahmen abschliessend geregelt werden. Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

⁵⁵⁰ BELLWALD, S. 144; HANGARTNER, Reform, S. 432; HÄNNI, Personalrecht, S. 94; HINTERBERGER, S. 268. Gemäss HINTERBERGER muss die Verbindung von mehreren Disziplarmassnahmen nach den Umständen sinnvoll sein und zusammen der Schwere der Dienstpflichtverletzung und dem Grad des Verschuldens entsprechen.

⁵⁵¹ Vgl. VerG ZH vom 28.6.2000 DR.2000.00001 E. 3e.

⁵⁵² BELLWALD, S. 144; HANGARTNER, Reform, S. 433.

Disziplinar massnahmen⁵⁵³ lassen sich der Schwere nach hierarchisch gliedern (leichte, mittlere und schwere Massnahmen). Eine besondere Bedeutung kommt der Kategorisierung nicht zu, da die Zuständigkeit nicht von den einzelnen Massnahmegruppen abhängt⁵⁵⁴. Bedeutsam allerdings ist die Schwere der Massnahme bei der Bemessung: Art und Mass der Disziplinar massnahme haben sich nach dem Verschulden des fehlbaren Staatsangestellten zu richten⁵⁵⁵. Prinzipiell erfordert eine schwere Dienstpflichtverletzung auch eine härtere Disziplinar massnahme. Zwar stellt das Bundespersonalgesetz keine Bemessungskriterien auf, ordnet aber immerhin die Massnahmen in zwei auf das Verschulden abgestützte Kategorien: Bei Fahrlässigkeit können folgende Massnahmen vorgesehen werden: Die Verwarnung, der Verweis oder die Änderung des Aufgabenkreises. Bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit können neben den bereits erwähnten Massnahmen auch Lohnkürzungen, Bussen sowie die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes ausgesprochen werden (Art. 25 BPG; Art. 99 BPV). Im Kanton Zürich verbleibt als einzige Disziplinar massnahme der Verweis gesetzlich verankert (§ 30 PG).

Im Folgenden werden die Massnahmen kurz skizziert⁵⁵⁶. Da der Kündigung im Falle der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten eine besondere Stellung zukommt, wird sie separat behandelt.

4.2.2 Mögliche disziplinarrechtliche Massnahmen

4.2.2.1 Verwarnung

Die Verwarnung wurde mit dem Bundespersonalgesetz eingeführt⁵⁵⁷. Sie ist die mildeste Massnahme, die nichtsdestotrotz einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der

⁵⁵³ Das Bundesdisziplinar gesetz (BRD) kennt gemäss § 5 folgende Disziplinar massnahmen gegen Beamte: Verweis, Geldbusse, Kürzung der Dienstbezüge, Zurückstufung und Entfernung aus dem Beamtenverhältnis.

⁵⁵⁴ Die Bundesrepublik Deutschland kennt ein zweistufiges Verfahren: Für das behördliche Disziplinarverfahren sind die Dienstvorgesetzten zuständig, die ihre Disziplinarbefugnisse höchstpersönlich ausüben und nicht delegieren können. Sie können leichtere bis mittelschwere Dienstvergehen mit leichteren bis mittelschweren Disziplinar massnahmen durch Disziplinarverfügung eigenverantwortlich ahnden. Das gerichtliche Disziplinarverfahren wird von den Dienstvorgesetzten bei schwersten Dienstvergehen initiiert, wenn ihre Disziplinarbefugnis nicht ausreicht. So soll im Falle der Zurückstufung, der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis oder bei Aberkennung des Ruhegehalts eine Disziplinar klage beim Verwaltungsgericht erhoben werden. CLAUSEN/BENNEKE/SCHWANDT, S. 10 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. BELLWALD, S. 143; HÄNNI, Personalrecht, S. 94; HINTERBERGER, S. 264.

⁵⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich BELLWALD, S. 143 ff. und HINTERBERGER, S. 261 ff.

⁵⁵⁷ Das frühere Disziplinarrecht des Beamtengesetzes kannte neun Massnahmen: 1) Verweis, 2) Busse bis 100 Franken, 3) Entzug von Fahrbegünstigungen, 4) vorübergehende Einstellung im Amt bzw. Dienst mit Kürzung oder Entzug der Besoldung, 5) Versetzung im Dienst oder Rückversetzung mit gleicher oder geringerer Besoldung, mit oder ohne Kürzung oder Entzug der Zuschüsse an die Umzugskosten, 6) Herabsetzung der Besoldung bzw. des Gehalts im Rahmen der für die Stelle massgebenden Ansätze, 7) Kürzung oder Einstellung der ordentlichen Besoldungs- bzw. Gehaltserhöhung, 8) Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis, 9) Entlassung. HINTERBERGER, S. 261.

Betroffenen darstellt⁵⁵⁸. Die Verwarnung dient dazu, Pflichtverletzungen ausdrücklich und hoheitlich festzustellen. Das Bundesgericht bestätigt, dass die Verwarnung eine Kosten verursachende disziplinarische Massregelung ist, die den Vorwurf standeswidrigen Verhaltens in sich schliesst und dem Betroffenen nahelegt, ein bestimmtes Verhalten in Zukunft zu unterlassen⁵⁵⁹. Die Verwarnung gilt als disziplinarische Vorstrafe und kann bei wiederholter Dienstpflichtverletzung dazu führen, dass schärfere Massnahmen ergriffen werden⁵⁶⁰. Sie wird als ähnlich einschneidend empfunden wie der Verweis und beeinträchtigt nicht nur die Berufsehre und die Glaubwürdigkeit bei Klienten, Kollegen und Behörden, sondern auch die Stellung in einem allfälligen zukünftigen Disziplinarverfahren⁵⁶¹.

4.2.2.2 Verweis

Nicht nur hoheitlich festgestellt, sondern auch formell gerügt wird die Dienstpflichtverletzung durch den Verweis. Dieser „soll dem Betroffenen ‚sein Unrecht zur Einsicht bringen‘, ihn in seinem Ehrgefühl treffen und in eindringlicher Form an seine Pflichten ermahnen.“⁵⁶² Auch der Verweis wird in den Personalakten abgelegt und kann im Wiederholungsfall zu schärferen disziplinarischen Massnahmen führen. Während das Bundespersonalgesetz den Verweis nicht näher bestimmt⁵⁶³, regelt § 30 des Zürcher Personalgesetzes, dass der Verweis mündlich nach Abklärung des Sachverhaltes und Anhörung der Betroffenen erfolgt⁵⁶⁴. Trotz der mündlichen Form handelt es sich beim Verweis um eine Verfügung, das heisst um einen an den Einzelnen gerichteten, rechtlich verbindlichen Hoheitsakt⁵⁶⁵. Gemäss § 30 PG ist der Verweis protokollarisch zusammen mit einer Stellungnahme des oder der Betroffenen festzuhalten. Ein Mitarbeitergespräch muss im Falle eines Verweises zwingend durchgeführt wer-

⁵⁵⁸ BGE 103 Ia 426 E. 1b S. 428.

⁵⁵⁹ BGE 103 Ia 426 E. 1b S. 428 f.

⁵⁶⁰ HÄNNI, Personalrecht, S. 94.

⁵⁶¹ BGE 103 Ia 426 E. 1b S. 428.

⁵⁶² HINTERBERGER, S. 279; vgl. BELLWALD, S. 145; HÄNNI, Personalrecht, S. 94.

⁵⁶³ In der Revision des BPG schlägt der Bundesrat vor, die Disziplinar-massnahme des „Verweises“ zu streichen, da der Verweis die gleiche Wirkung erziele wie die Verwarnung. Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6719.

⁵⁶⁴ Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat in seinem Gesetzesentwurf zum Personalrecht auch auf den Verweis als Instrument aus dem Massnahmenkatalog des Disziplinarrechts verzichten wollen; Ermahnungen und Verweise hätten künftig informell im Rahmen des Mitarbeitergesprächs und der Führungsarbeit platziert werden sollen. Der Verweis wurde dann aber von der kantonsrätlichen Kommission in das Gesetz eingefügt, da es weiterhin wenigstens eines formellen Instrumentes der Rüge bedürfe. Voraussetzung dieses Reliktes aus dem Disziplinarrecht blieb eine Arbeitspflichtverletzung und damit ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Staatsangestellten. LANG, S. 71 f.

⁵⁶⁵ VerGer vom 18.11.2009 ZH PB.2009.00027 E. 1.2.

den. Ein Verwertungsverbot und entsprechende Entfernung aus der Personalakte nach Ablauf einer Frist ist weder auf Bundesebene noch im Kanton Zürich gesetzlich geregelt⁵⁶⁶.

4.2.2.3 *Änderung des Aufgabenkreises*

Die Änderung des Aufgabenkreises hat zur Folge, dass der oder die Betroffene weiterhin zu den gleichen Bedingungen, aber mit anderen Aufgaben beschäftigt wird. Gemäss HÄNNI ist diese Massnahme dann sinnvoll, „wenn das Vertrauen wegen einem einer bestimmten Person zurechenbaren negativen Verhalten nicht mehr gegeben ist.“⁵⁶⁷ Das Aufgabengebiet wird dahingehend angepasst, dass das Vertrauen der Bevölkerung in das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung wieder hergestellt ist.

4.2.2.4 *Lohnkürzungen*

Lohnkürzungen dürfen nicht mehr als 10 Prozent des Lohnes überschreiten und dürfen nicht länger als ein Jahr angeordnet werden⁵⁶⁸. Gemäss HÄNNI haben Lohnkürzungen immer im Rahmen der für die Lohnklasse massgebenden Ansätze zu erfolgen, d.h. der gekürzte Lohn darf nicht unter dem Minimum der entsprechenden Klasse liegen⁵⁶⁹.

4.2.2.5 *Busse*

Die Höhe der Busse zu bestimmen, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, darf allerdings Fr. 3'000.-- nicht überschreiten. Die Busse stellt einen Eingriff in das Vermögen und Eigentum der Betroffenen dar. Die disziplinarische Busse muss aber von der Busse im Strafrecht unterschieden werden. Gemäss BELLWALD steht bei der disziplinarischen Busse der erzieherische Zweck im Vordergrund. „Mit der Busse will die Disziplinarbehörde erreichen, dass der Beamte sein fehlerhaftes Verhalten ändert und sich inskünftig ordnungsgemäss verhält.“⁵⁷⁰ Somit lassen sich auch die in der Praxis oftmals niedrig ausfallenden Bussen erklären, die nicht Vergeltungscharakter besitzen, sondern den geordneten Vollzug der Aufgaben durch den Angestellten sicherstellen soll⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Art. 76 der Verordnung vom 1.1.1978 über das Dienstverhältnis der Arbeitnehmer der Stadt Zürich (Personalrecht) sah beispielsweise vor, dass der Verweis nach Ablauf von zwei Jahren bei der Beurteilung eines neuen Disziplinarfehlers ausser Betracht fällt. Auch im deutschen Bundesdisziplinargesetz darf gemäss § 16 BDG der Verweis nach zwei Jahren bei weiteren Disziplarmassnahmen und bei sonstigen Personalmassnahmen nicht mehr berücksichtigt werden.

⁵⁶⁷ HÄNNI, Personalrecht, S. 95.

⁵⁶⁸ Art. 99 BPV.

⁵⁶⁹ HÄNNI, Personalrecht, S. 95; vgl. HINTERBERGER, S. 300.

⁵⁷⁰ BELLWALD, S. 147.

⁵⁷¹ HÄNNI, Personalrecht, S. 96.

4.2.2.6 *Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsorts*

Die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsorts ist die härteste Disziplinar massnahme und stellt einen bedeutenden Eingriff in die Rechtsposition der Staatsangestellten dar⁵⁷². Gemäss dem Bundesrat kommt die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsorts einer Änderungskündigung des Arbeitgebers gleich, weshalb sie nur bei vorsätzlichem oder grobfahrlässigem Fehlverhalten angezeigt ist⁵⁷³.

Es ist davon auszugehen, dass mit der Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsorts die Versetzung gemeint ist. Gemäss HINTERBERGER handelt es sich bei der Versetzung im Dienst um die Zuteilung eines anderen Pflichtenkreises (eines anderen Amtes) und/oder eines anderen Dienstortes (Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz). LANG stellt der Versetzung auch eine Änderung der Aufgaben an der bisherigen Stelle gleich, wenn die Änderung in einem solchen Ausmass vorgenommen wird, dass die Stelle im Ergebnis zu einer anderen ‚umfunktioniert‘ wird⁵⁷⁴. Eine Versetzung berührt den Rang und den Lohn der Fehlbaren nicht⁵⁷⁵. Wäre dies der Fall, müsste von einer Rückstufung gesprochen werden, die eine Änderung des Ranges und einen tieferen Lohn zur Folge hätte⁵⁷⁶. Die Versetzung wird dann als sinnvoll erachtet, „wenn der begangene Disziplinarfehler die Belassung des Fehlbaren an seiner bisherigen Stelle als unzutraglich oder für die Dienststelle und das Personal unzumutbar erscheinen lässt.“⁵⁷⁷

Im Kanton Zürich kann die Anstellungs- oder Aufsichtsbehörde gemäss § 28 des Personalgesetzes Angestellte unter Beibehaltung des bisherigen Lohnes für die Dauer der Kündigungsfrist sowie im Rahmen der Zumutbarkeit versetzen, sofern es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordern. Der Gehalt der Bestimmung ist umstritten⁵⁷⁸. Das Verwaltungsgericht Zürich legt in einem neuen Entscheid fest, dass die Versetzung nicht bloss als vorübergehende, sondern als Dauermassnahme konzipiert ist. Auch wenn die Versetzung über die Dauer der Kündigungsfrist hinausgeht, braucht keine weitere Verfügung oder Vereinbarung zu folgen. Die Kündigungsfrist ist folglich ausschliesslich für die Beibehaltung des bisherigen Lohns von Bedeutung und nicht für die Dauer der Versetzung⁵⁷⁹.

⁵⁷² HÄNNI, Personalrecht, S. 96.

⁵⁷³ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

⁵⁷⁴ LANG, S. 71.

⁵⁷⁵ BELLWALD, S. 151 f.; HINTERBERGER, S. 293.

⁵⁷⁶ HINTERBERGER, S. 297.

⁵⁷⁷ HINTERBERGER, S. 294.

⁵⁷⁸ Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

⁵⁷⁹ Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

Gemäss dem Verwaltungsgericht Zürich bedarf es verschiedener Voraussetzungen, damit eine Versetzung als Dauermassnahme rechtmässig ist: Die neue Stellung muss der Ausbildung, den Fähigkeiten, der bisherigen Tätigkeit und der beruflichen Stellung sowie den persönlichen Verhältnissen des Angestellten entsprechen bzw. angemessen Rechnung tragen. Darüber hinaus darf die neue Anstellung nicht zu einer allzu grossen Lohneinbusse führen und muss in erreichbarer Distanz zum Wohnort auszuüben sein. Nicht erforderlich ist die Gleichwertigkeit der angebotenen und der bisherigen Stelle⁵⁸⁰. Ausgeschlossen sind Versetzungen, welche es den Angestellten nicht mehr erlauben, ihre erworbenen Fähigkeiten zur Anwendung zu bringen oder wenn die bisherigen Zuständigkeiten und Kompetenzen eines Angestellten in einem solchen Mass beschnitten werden, dass – von aussen betrachtet – eine wesentliche Abwertung gegenüber der bisherigen Funktion vorliegt⁵⁸¹. Bezüglich der Notwendigkeit der Versetzung steht der Verwaltung ein grosser Bemessungsspielraum zu. Nicht genügen können vage organisatorische Leitlinien oder zukünftige Pläne sowie organisatorische Massnahmen, die nur dazu dienen, nicht mehr erwünschte Mitarbeitende zu versetzen⁵⁸². Sind die Voraussetzungen für eine Versetzung nicht erfüllt, liegt eine Änderungskündigung vor⁵⁸³.

4.2.3 Disziplinarische und administrative Entlassung

4.2.3.1 Disziplinarische Entlassung

Als Kern des Disziplinarrechts galt lange Zeit die disziplinarische Entlassung, welche die notwendige Korrekturmöglichkeit zur Garantie der Amtsdauer bot. Als schwerste und einschneidendste Disziplinar massnahme konnten öffentlich Bedienstete aus dem Amt entfernt werden, ohne dass das Ende der Amtsdauer oder der Ablauf der Kündigungsfrist abgewartet werden musste. Voraussetzung für die disziplinarische Entlassung war eine verschuldete schwere oder zumindest fortgesetzte Verletzung einer Dienstpflicht⁵⁸⁴. Gerechtfertigt war eine disziplinarische Beendigung des Arbeitsverhältnisses beispielsweise bei Nichtantritt des Amtes, häufiger Abwesenheiten ohne ausreichenden Grund, ungenügender Leistungen, Alkoholkonsum, Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe oder strafrechtlicher Verstösse im Zusammenhang mit der Amtsausübung⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

⁵⁸¹ Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

⁵⁸² Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

⁵⁸³ Verg ZH vom 9.2.2011 PB.2010.00042 E. 2.

⁵⁸⁴ Vgl. BELLWALD, S. 158 ff.; HINTERBERGER, 326 ff.; JAAG, Dienstverhältnis, S. 465; POLEDNA, Entlassung, S. 51 ff.

⁵⁸⁵ POLEDNA, Entlassung, S. 51.

4.2.3.2 *Administrative Entlassung*

Neben der disziplinarischen Entlassung gab es die administrative Entlassung, deren gesetzliche Definition sich an das Vorbild der obligationenrechtlichen fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses anlehnte (OR Art. 337 Abs. 1). Das Beamtenengesetz bezeichnete als Grund für eine ausserordentliche Kündigung jeden Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden konnte. Unzumutbar war die Weiterführung des Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber, wenn durch die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers die öffentlichen Interessen, namentlich das Vertrauen der Verwaltung in ihre Bediensteten sowie das gute Funktionieren des Dienstes in Frage gestellt wurden⁵⁸⁶. Ein Verschulden wurde nicht vorausgesetzt. Mögliche Gründe für die administrative Entlassung waren: Aufhebung des Amtes oder der Dienststelle, Dienstunfähigkeit infolge Invalidität oder langandauernder Krankheit des Angestellten, ungenügende laufende Weiterbildung oder Unfähigkeit, der laufenden Entwicklung im Arbeitsgebiet zu folgen, fruchtlose Pfändung, Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzungen und Eintritt eines Unvereinbarkeitsgrundes⁵⁸⁷.

4.2.3.3 *Unterschiede zwischen der administrativen und der disziplinarischen Entlassung*

Die Auffassungen darüber, wann es sich um eine administrative und wann um eine disziplinarische Massnahme handelte, gingen weit auseinander⁵⁸⁸. Einigkeit herrschte darüber, dass der Unterschied zwischen den Entlassungsarten einerseits im Verschulden begründet lag: Um Disziplinar massnahmen handelte es sich dann, wenn dem Betroffenen ein pflichtwidriges Verhalten, d.h. subjektiv ein Verschulden, vorgeworfen wurde. Den Grund für eine administrative Entlassung bildete dagegen ein für die Verwaltung untragbarer Zustand, den der Betroffene wegen seines fehlenden Verschuldens nicht zu verantworten hatte⁵⁸⁹. Andererseits war anerkannt, dass das Disziplinarverfahren viel ‚engmaschiger‘ war, was den Betroffenen bezüglich Mitwirkungsrechten viel mehr Spielraum bot⁵⁹⁰: Da die disziplinarische Untersuchung und die Frage nach dem Verschulden strafuntersuchungsähnliche Merkmale aufwies, wurden hohe Erwartungen an ein korrektes Verfahren und die gerichtliche Kontrolle gestellt.

⁵⁸⁶ Vgl. NÖTZLI, Rz. 246.

⁵⁸⁷ POLEDNA, Entlassung, S. 53.

⁵⁸⁸ HINTERBERGER, S. 340; POLEDNA, Entlassung, S. 53 f.

⁵⁸⁹ BGE 100 Ib 21 E. 1b S. 25; BELLWALD, S. 161.

⁵⁹⁰ BELLWALD, S. 161.

Demgegenüber wurde die administrative Entlassung in einem weniger förmlichen Verfahren beurteilt, welches mit ungenügendem Rechtsschutz versehen war⁵⁹¹.

4.2.3.4 Abschaffung der disziplinarischen Entlassung

Das Einvernehmen über die elementaren Unterschiede der disziplinarischen und administrativen Entlassung vermochte allerdings keine einheitliche Praxis zu gewährleisten, was zu Problemen der Rechtssicherheit führte. Weiter gaben die neuere Entwicklung im Beamtenrecht sowie die Dynamik der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) immer häufiger Anlass dazu, die kategorischen Unterscheidungen zwischen den beiden Entlassungsarten zu kritisieren: Teile der Lehre forderten eine Anpassung der administrativen an die disziplinarische Entlassung, sowohl hinsichtlich des verwaltungsinternen Verfahrens als auch des Gerichtsschutzes⁵⁹². Dies nicht zuletzt deshalb, weil es sich trotz unterschiedlichen Voraussetzungen (Verschuldungsfrage) um zwei Anwendungsfälle der Auflösung eines Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen handelte: „Beide Entlassungsarten lassen sich darauf zurückführen, dass das Gemeinwesen ein ihm (berechtigterweise) unzumutbares Dienstverhältnis beenden will. (...) Sowohl die disziplinarische wie auch die administrative Entlassung dienen einem einzigen Ziel: Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung nach innen wie auch gegen aussen.“⁵⁹³ Folglich musste bei der Klärung des Sachverhaltes bei beiden Entlassungsarten die Unzumutbarkeit des Verhältnisses nachgewiesen und die Verschuldensfrage geklärt werden, weshalb sich die Unterschiede in Verfahren und Rechtsschutz nicht mehr rechtfertigen liessen. Schliesslich wurde im Bundespersonalgesetz die disziplinarische Entlassung nicht mehr aufgenommen. In der Botschaft wird darauf hingewiesen, dass die Entlassung von Staatsangestellten mit dem Artikel 12 Abs. 6 und 7 BPG abgedeckt sei⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ POLEDNA, Entlassung, S. 55 und S. 59 f.

⁵⁹² JAAG, Dienstverhältnis, S. 465; POLEDNA, Entlassung, S. 57 f.

⁵⁹³ POLEDNA, Entlassung, S. 64.

⁵⁹⁴ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1621.

4.3 Bemessung disziplinarrechtlicher Massnahmen

4.3.1 Opportunitätsprinzip

Das Schweizer Disziplinarrecht wird traditionellerweise vom Opportunitätsprinzip beherrscht⁵⁹⁵: Bei einer verschuldeten Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten können Massnahmen ergriffen werden; ob ein Verfahren im konkreten Fall eingeleitet wird und wenn ja, welche Massnahmen ausgesprochen werden, liegt im pflichtgemässen Ermessen der entsprechenden Behörde. Dies gilt selbst dann, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung eines Disziplinarverfahrens erfüllt sind.

Mit ‚Ermessen‘ ist der Handlungsspielraum gemeint, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei Entscheidungen einräumt. Unterschieden wird zwischen Entschliessungs- und Auswahlermessen; beides Grundsätze, die auch im Disziplinarwesen gelten: „Entschliessungsermessen liegt vor, wenn ein Rechtssatz der Behörde freistellt, ob überhaupt eine bestimmte Rechtsfolge anzuordnen sei. Auswahlermessen ist gegeben, wenn es ein Rechtssatz der Behörde überlässt, welche von mehreren gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen anzuordnen ist.“⁵⁹⁶

Dadurch, dass das Rechtsfolgeermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform ausgeführt werden muss, sind den zuständigen Behörden durch die Bundesverfassung Schranken gesetzt: Beachtet werden müssen das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen. Ferner verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass nur angeordnet wird, was erforderlich ist, um den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder herzustellen und den fehlbaren Mitarbeiter zur Pflicht zu rufen⁵⁹⁷: Disziplinarische Massnahmen müssen zu Art und Schwere der begangenen Pflichtwidrigkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen und dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Störung des geordneten Ganges der Rechtspflege zu verhindern⁵⁹⁸. Dies geht nicht zuletzt mit dem Zweck des Disziplinarrechts, den ordnungsgemässen Gang der

⁵⁹⁵ Das Deutsche Disziplinarrecht ist vom Legalitätsprinzip beherrscht. Gemäss § 17 des Bundesdisziplinarrechts (BRD) hat der Dienstvorgesetzte die Dienstpflicht, ein Disziplinarverfahren einzuleiten, wenn zureichende Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen. Dabei sieht das Gesetz in Abs. 2 Möglichkeiten vor (z.B. bei verjährten Dienstpflichtverletzungen), auf die Einleitung eines Verfahrens zu verzichten. In diesen Fällen sind die entsprechenden Gründe aktenkundig zu machen und dem Beamten bekannt zu geben. Ebenfalls gesetzlich geregelt ist die Einleitung eines Verfahrens auf Antrag des Beamten: Dieser kann die Einleitung eines Verfahrens gegen sich selbst beantragen, um sich von dem Verdacht eines Dienstvergehens zu entlasten (§ 18 BDG).

⁵⁹⁶ BVGer vom 1.4.2009 A 4236/2008 E. 7.4 S. 14.

⁵⁹⁷ BELLWALD, S. 107 und S. 166; HÄNNI, Personalrecht, S. 92; HAFNER, S. 497; HANGARTNER, S. 428; HINTERBERGER, 355 ff.; BGE 108 Ia 230 E. 2a S. 232.

⁵⁹⁸ BGE 106 Ia 100 E. 13c S. 121; BVGer vom 4.4.2007 B-2129/2006 E. 5 S. 9.

Verwaltungstätigkeit sicherzustellen, einher: „Die Strafe muss so gewählt werden, dass sie unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters inskünftig die gute Ordnung und die Leistungsfähigkeit der betreffenden Verwaltungsabteilung sicherstellt.“⁵⁹⁹ Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass trotz einer pflichtgemässen Ausübung des Opportunitätsprinzips aufgrund fehlender gesetzlicher Bemessungskriterien die Gefahr willkürlicher Behandlung in gleichgelagerten Fällen besteht⁶⁰⁰.

4.3.2 Bemessungskriterien

Massgebend für die Auswahl und Bemessung der zu verhängenden Massnahme ist die Schwere der Verfehlung; diese wird objektiv durch die Bedeutung der verletzten administrativen Interessen und subjektiv durch das Mass des Verschuldens bestimmt⁶⁰¹. Auf der subjektiven Seite sind neben der Form des Verschuldens die Gesamtpersönlichkeit des Beschuldigten und dessen Einstellung zu der von ihm begangenen Dienstpflichtverletzung in Betracht zu ziehen. Von Bedeutung ist auch die dienstliche Stellung des Fehlbaren, indem die Verantwortlichkeit umso schwerer wiegt, je höher die Stellung ist⁶⁰².

In den Verordnungen zum Beamtengesetz war vorgeschrieben, dass sich die Art und das Mass der Strafe nach dem Verschulden, den Beweggründen, dem bisherigen dienstlichen Verhalten, der dienstlichen Stellung und Verantwortung des Staatsangestellten sowie nach dem Umfang und der Wichtigkeit des verletzten oder gefährdeten Dienstinteresses zu richten habe⁶⁰³. Weder das Bundespersonalgesetz noch die Bundespersonalverordnung haben die Bemessungskriterien aufgenommen⁶⁰⁴, mit Ausnahme des Verschuldens, welches in der Lehre als das wichtigste und praktisch ausschliesslich massgebende Zumessungskriterium überhaupt betrachtet wird. Dem Verschulden kommt eine doppelte Funktion zu: einerseits wirkt es massnahmebegründend, d.h. eine Disziplarmassnahme kann überhaupt nur verhängt

⁵⁹⁹ Verwaltungsgericht Zürich, 19. Dezember 1963, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung 1976, S. 315 ff.

⁶⁰⁰ HÄNNI, Personalrecht, S. 92; HAFNER, S. 497; HANGARTNER, S. 428.

⁶⁰¹ Vgl. BELLWALD, S. 166 ff.; HINTERBERGER, S. 386 ff.

⁶⁰² KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar VRG N 12 zu § 76.

⁶⁰³ Vgl. dazu eingehend BELLWALD, S. 166 ff. sowie HINTERBERGER, S. 386 ff. Auch der Kanton Zürich regelte die Bemessung der Disziplarmassnahmen im Vernehmlassungsentwurf zum Personalgesetz detailliert in § 61: „Art und Ausmass der Disziplarmassnahme richten sich vor allem nach den verletzten Interessen der Öffentlichkeit und des Dienstbetriebes und nach dem Verschulden der angestellten Person. Das bisherige Verhalten und die dienstliche Stellung sind angemessen zu berücksichtigen. Eine früher verhängte Disziplarmassnahme darf nach Ablauf von fünf Jahren, ein Verweis nach Ablauf von zwei Jahren bei der Beurteilung eines neuen Disziplinarfehlers nicht mehr berücksichtigt werden. Die Verordnung regelt weitere Einzelheiten über die Anwendung der Disziplarmassnahmen.“

⁶⁰⁴ Das Bundesdisziplinalgesetz (BRD) regelt in § 13 Abs. 1: „Die Entscheidung über eine Disziplarmassnahme ergeht nach pflichtgemässigem Ermessen. Die Disziplarmassnahme ist nach der Schwere des Dienstvergehens zu bemessen. Das Persönlichkeitsbild des Beamten ist angemessen zu berücksichtigen. Ferner soll berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Beamte das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit beeinträchtigt hat.“

werden, wenn der oder die Staatsangestellte schuldhaft gehandelt hat, und andererseits wirkt das Verschulden massnahmebestimmend, d.h. die Disziplinar massnahme soll dem Verschulden entsprechen⁶⁰⁵.

Das Bundespersonalgesetz hat der doppelten Funktion des Verschuldens Rechnung getragen: In Art. 25 Abs. 2 und 3 BPG werden minimale Bemessungskriterien aufgestellt, indem gesetzlich vorgeschrieben wird, dass die Verwarnung, der Verweis und die Änderung des Aufgabenkreises für fahrlässig verletzte Arbeitspflichten vorgesehen sind, während die Lohnkürzung, die Busse sowie die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes nur bei vorsätzlich und grobfahrlässig verübten Pflichtverletzungen ausgesprochen werden dürfen. Die Gesetzesbestimmung lässt zu, bei vorsätzlich und grobfahrlässig verübten Pflichtverletzungen auch milde Massnahmen auszusprechen, verbietet aber, für eine fahrlässige Pflichtverletzung eine harte Disziplinar massnahme auszusprechen.

⁶⁰⁵ BELLWALD, S. 173.

4. Kapitel: Abgrenzung des Disziplinarverfahrens

1 Einleitung

Die Abgrenzung des Disziplinarverfahrens zu anderen Verfahren – namentlich der Administrativuntersuchung, dem Strafverfahren, dem personalrechtlichen Verfahren und der Umsetzung ethischer Standards – bereitet Schwierigkeiten. Indem im Kanton Zürich Administrativuntersuchungen nicht nur dazu dienen, allgemeine Missstände und schwerwiegende Mängel bei der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe zu klären, sondern auch als Disziplinarverfahren gegen Staatsangestellte geführt werden, werden Verfahrensgrundsätze sowie Rechte und Pflichten Beteiligter vermischt. Das Verhältnis des Disziplinarverfahrens zur Strafuntersuchung zeichnet sich durch Unsicherheiten in der Verfahrenskoordination aus, was insbesondere den Informationsaustausch behindert. Im personalrechtlichen Verfahren verschmelzen personalrechtliche und disziplinarische Massnahmen, was aufgrund der Unterschiedlichkeit der Massnahmen in Bedeutung, Gewichtigkeit, und Konsequenz zu einem nicht stimmigen Verfahren führt. Die Umsetzung ethischer Grundsätze in der Verwaltung versucht, die damalige Disziplinierung der Staatsangestellten zu ersetzen, indem die Verwaltungskultur die Berufspersönlichkeit der Mitarbeitenden prägen soll. Kombinierte und aufeinander abgestimmte Massnahmen auf den Gebieten der Kontrolle, der Orientierung und der Führung, die notwendig wären, um ethische Grundsätze zu implementieren, fehlen aber mehrheitlich.

Um die Schnittstellen der Verfahren aufzuzeigen, bedarf es einer näheren Betrachtung der einzelnen Verfahren in den Belangen, die für die Abgrenzung des Disziplinarverfahrens von Bedeutung sind.

2 Abgrenzung zur Administrativuntersuchung

2.1 Institut der Administrativuntersuchung auf Bundesebene

2.1.1 Rechtliche Grundlagen der Administrativuntersuchung

„Als Administrativuntersuchung wird in der Regel ein verwaltungsinternes aufsichtsrechtliches Verfahren bezeichnet, mit dem die Behörde, welche an der Spitze der jeweiligen Verwaltungshierarchie steht, vorhandene oder vermutete Probleme und Mängel bei der Aufgabenerfüllung unterstellter Dienststellen bzw. ihre Ursachen abklärt.“⁶⁰⁶ Bis ins Jahr 2004 regelten die Richtlinien über die Administrativuntersuchung⁶⁰⁷ sowie Art. 25 BPG Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten und die Ausführungsbestimmungen in Art. 97 BPV die Administrativuntersuchung: Die Richtlinien umschrieben den Zweck sowie die Durchführung; gesetzlich verankert waren die Unabhängigkeit des beauftragten Untersuchungsorgans (Art. 97 Abs. 4 BPV) sowie die Verpflichtung, die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zu berücksichtigen bzw. einzuhalten (Art. 97 Abs. 5 BPV)⁶⁰⁸.

Infolge der neuen Personalgesetzgebung und der tendenziellen Abschaffung disziplinarrechtlicher Verfahren in den Kantonen nahm sowohl die Bedeutung als auch die Anzahl der Administrativuntersuchungen zu, weshalb die rechtliche Grundlage nicht mehr zu genügen vermochte⁶⁰⁹: Bemängelt wurden die Ungewissheit über die Rechte und Pflichten Beteiligter und die Rechtsstellung Beschuldigter, die Koordination der verschiedenen Verfahren (Strafverfahren, Disziplinarverfahren, personalrechtliches Verfahren, parlamentarische Untersuchungskommissionen sowie formlose Untersuchungen), die Geltung der Datenschutzbestimmungen, die Zulässigkeit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben bei Auslagerung des Auftrags sowie die Anwendbarkeit und Gültigkeit der Verwaltungsverfahrensgsätze⁶¹⁰.

Im Jahr 2004 ergänzte der Bundesrat die Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) durch die Neuregelung der Administrativuntersuchung im 6. Abschnitt, Art. 27a

⁶⁰⁶ Gutachten BJ AU, S. 2.

⁶⁰⁷ Bei den Richtlinien über die Administrativuntersuchung (BBl 1981 III 1041) vom 18. November 1981 handelte es sich um eine Verwaltungsverordnung, die eine Mischform zwischen Vollzugsanweisung und organisatorischer Anweisung darstellte. Die Richtlinien blieben nach der Inkraftsetzung des RVOG und des BPG in Kraft. Da es sich aber bei den Richtlinien um eine Verwaltungsverordnung ohne Rechtsquellencharakter handelte, fiel die Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen dort dahin, wo in der Zwischenzeit durch Rechtsquellen entgegenstehende Regelungen geschaffen worden waren. Gutachten BJ AU, S. 3.

⁶⁰⁸ Vgl. SCHWEIZER, S. 14.

⁶⁰⁹ Vgl. dazu EHRENZELLER, S. 1 ff.; EHRENZELLER/SCHWEIZER, S. 1 ff.

⁶¹⁰ Vgl. dazu EHRENZELLER, S. 1 ff.; EHRENZELLER/SCHWEIZER, S. 1 ff.

– j. Seither sind folgende Aspekte der Administrativuntersuchung gesetzlich verankert⁶¹¹: der Zweck (Art. 27a), die parallel laufenden Verfahren (Art. 27b), die anordnende Stelle (Art. 27c), die Untersuchungsorgane (Art. 27d), der Untersuchungsauftrag (Art. 27e), die Eröffnung (Art. 27f) und die Durchführung (Art. 27g), die Befragungen (Art. 27h), der Schutz von Personendaten (Art. 27i) sowie die Ergebnisse (Art. 27j).

2.1.2 Wesenszüge der Administrativuntersuchung

Die Administrativuntersuchung ist ein Verfahren, mit welchem geklärt wird, ob ein Sachverhalt vorliegt, der im öffentlichen Interesse ein Einschreiten von Amtes wegen erfordert. Voraussetzung für die Einleitung einer Administrativuntersuchung ist entweder die dringende Klärungsbedürftigkeit schwerwiegender Mängel bei der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe oder die Annahme, das Verhalten von Dienststellen oder einzelnen Mitarbeitenden sei erheblich zu beanstanden⁶¹². Die Einleitung einer Administrativuntersuchung kann auch dann erforderlich sein, wenn die schwerwiegenden Mängel öffentlich bekannt wurden und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung wieder herzustellen ist. Die Feststellung der Ursachen der vermuteten Defizite soll sicherstellen, dass zukünftig gleichgelagerte Fälle vermieden werden können. Kein Argument, eine Administrativuntersuchung einzuleiten sind beispielsweise die Nichteignung, die Überbelastung, oder die Befangenheit des eigenen Staatspersonals⁶¹³.

Die Administrativuntersuchung auf Bundesebene richtet sich explizit nicht gegen bestimmte Personen. Die Disziplinaruntersuchung sowie das strafrechtliche Verfahren bleiben vorbehalten (Art. 27a Abs. 2 RVOG). Als Kontrollinstrument der Aufsicht hat die Administrativuntersuchung die Funktion, besondere Fragestellungen, die sich aus aktuellen Ereignissen oder festgestellten Missständen ergeben, vertieft abzuklären⁶¹⁴. Für SCHWEIZER geht es bei der Administrativuntersuchung indessen um mehr als die Abklärung der Bedürfnisse von Aufsichtsmassnahmen: Durch die Untersuchung werden Fehlentwicklungen und Fehlverhalten in staatlichen Dienststellen oder Organisationen mit öffentlichem Auftrag gewissenhaft aufgedeckt. Als wichtigster Schritt der ‚Remedur‘ gilt dabei die Aufklärung selbst; diese führt notwendigerweise zu umfassenden Informationen, Beurteilungen in staatspolitischer, rechts-

⁶¹¹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOG), Änderung vom 10. Dezember 2004 (AS 2004 5251).

⁶¹² BACHER, S. 143.

⁶¹³ BACHER, S. 144.

⁶¹⁴ Vgl. Art. 25 und Art. 27a RVOG.

staatlicher, personalpolitischer oder organisatorischer Sicht sowie entsprechenden Empfehlungen⁶¹⁵.

Angeordnet wird die Administrativuntersuchung durch die Departementsvorsteherin oder den Departementsvorsteher sowie die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler. Sie können diese Zuständigkeit an die ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten delegieren (Art. 27c RVOV). Mit der Administrativuntersuchung sind Personen zu betrauen, die die erforderlichen persönlichen, beruflichen und fachlichen Voraussetzungen für eine solche Aufgabe erfüllen, die nicht im zu untersuchenden Aufgabenbereich tätig sind, und die nicht gleichzeitig und in gleicher Sache mit einem Disziplinarverfahren oder einem anderen personalrechtlichen Verfahren betraut sind (Art. 27d Abs. 1 RVOV). Auch können Personen ausserhalb der Bundesverwaltung mit der Untersuchung beauftragt werden (Art. 27d Abs. 2 RVOV). Der Unabhängigkeit wird deshalb beachtliche Bedeutung beigemessen, weil bei der untersuchten Verwaltungseinheit und den befragten Personen durch eine unabhängige, umfassende und objektive Aufklärung ein Mindestmass an Vertrauen hergestellt werden soll: Die Administrativuntersuchung soll nicht politischen Manövern, medialen Interessen oder persönlicher Racheakten dienen, sondern hat die verfassungs- und gesetzeskonforme Aufgabenerfüllung der Verwaltung wieder herzustellen⁶¹⁶. Das Vertrauen Beteiligter ist auch deshalb unerlässlich, weil die Untersuchungsorgane auf die Kooperation Involvierter angewiesen sind, um den Sachverhalt festzustellen und Empfehlungen auszuarbeiten⁶¹⁷. Das Ergebnis einer Administrativuntersuchung wird in einem Bericht festgehalten (Art. 27j Abs. 1 RVOV). Eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG wird nicht erlassen. Somit sind die in eine Administrativuntersuchung Involvierten grundsätzlich nicht in eigenen rechtlichen Interessen betroffen⁶¹⁸.

2.1.3 Abgrenzung und Subsidiarität der Administrativuntersuchung

Oft werden in der Bundesverwaltung Administrativuntersuchungen veranlasst, wenn sich öffentlich vorgetragene Vorwürfe und Behauptungen nicht einfach erklären bzw. widerlegen lassen. Politischer Druck entsteht, um den Sachverhalt und die Verantwortlichkeiten durch eine unabhängige Person, die über genügend Ressourcen verfügt, abklären zu lassen⁶¹⁹. Be-

⁶¹⁵ SCHWEIZER, S. 11; vgl. ferner HÄNNI, Personalrecht, S. 108.

⁶¹⁶ SCHWEIZER, S. 17.

⁶¹⁷ SCHWEIZER, S. 17 f. Die Betroffenen sind oft gesetzlich zur Mitwirkung verpflichtet. Siehe beispielsweise Art. 27g Abs. 2 RVOV: Die in die Administrativuntersuchung einbezogenen Behörden und Angestellten des Bundes sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.

⁶¹⁸ BACHER, S. 35; BGE 129 I 249 E. 2 S. 252; VPB 69.54 vom 22.12.2004 E. 3c. Anders im Kanton Zürich, wo Administrativverfahren auch gegen eine bestimmte Person gerichtet werden kann. In diesem Falle ist es möglich, dass der bzw. die Betroffene durch die Untersuchung als solche und deren Abschluss direkt in seinen bzw. ihren eigenen rechtlichen Interessen betroffen ist. VGer ZH vom 21.7.2010 PB.2010.00012 E. 8.2.

⁶¹⁹ KELLER, S. 25.

steht bereits eingangs der Administrativuntersuchung ein konkreter Verdacht auf eine Dienstpflichtverletzung einer bestimmten Person, ist ein Disziplinarverfahren einzuleiten. In der Praxis allerdings wird die Administrativuntersuchung häufig als erstes Informationsbeschaffungsinstrument eingesetzt, solange nicht feststeht, welches Verfahren gegen die Beteiligten eingeleitet werden soll⁶²⁰. Gemäss SCHMID ist den vorgesetzten Behörden durchaus zuzubilligen, „durch interne Untersuchungen oder eben auch im Rahmen einer Administrativuntersuchung zu klären, ob neben Sachverhalten, die ein Einschreiten im Rahmen der Dienstaufsicht erfordern, auch Disziplinarverstösse oder Straftaten in Frage kommen.“⁶²¹ KELLER weist darauf hin, dass dieses Vorgehen dann zweckmässig erscheint, wenn die Folgen eines Disziplinar- oder Strafverfahrens ungeachtet dessen Ausgang irreversible Schäden verursachen würde, wie dies bei der Untersuchung einer Amtsdirektorin oder eines Amtsdirektors denkbar wäre⁶²². Die Administrativuntersuchung als Informationsbeschaffungsinstrument zu nutzen ist dann problemlos, wenn kein hinreichender Verdacht auf strafrechtliches Verhalten vorliegt, da sowohl im Disziplinarverfahren als auch in der Administrativuntersuchung das Opportunitätsprinzip gilt. Zu beachten bleibt immerhin, dass durch die Wahl des Verfahrens keine Parteirechte missachtet werden: die Administrativuntersuchung darf nicht dazu dienen, die Verfahrensgarantien der Disziplinaruntersuchung zu umgehen⁶²³.

Die verschiedenen Untersuchungen zeichnen sich durch unterschiedliche Zielsetzungen, Verfahrensgrundsätze und Sanktionen aus, weshalb sie unabhängig voneinander, parallel und kumulativ zulässig sind⁶²⁴. Eine gewisse Rangordnung zeichnet sich dennoch ab: Anlässlich der Administrativuntersuchung werden ein Sachverhalt sowie allgemeine Vorwürfe untersucht; beim Disziplinar- und Strafverfahren richten sich die Vorwürfe gegen bestimmte Personen, weshalb die Administrativuntersuchung gegenüber den anderen Verfahren tendenziell subsidiär ist. Der Grundsatz war in den damaligen Richtlinien des Bundesrates über die Administrativuntersuchung ausdrücklich verankert: „Die Administrativuntersuchung ist gegenüber anderen Verfahren subsidiär. In der Bundesverwaltung soll in erster Linie – soweit unerlässlich mit Hilfe des Disziplinarrechts – geführt und in zweiter Linie administrativ untersucht werden.“⁶²⁵ Gemäss Art. 27b RVOV darf eine Administrativuntersuchung weder Strafuntersu-

⁶²⁰ KELLER, S. 29; SCHMID, S. 50; SCHWEIZER, S. 13; vgl. ferner SPÜHLER KARL, Verfahrensfragen bei Administrativuntersuchungen – insbesondere Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer, Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004, S. 39 f.

⁶²¹ SCHMID, S. 50.

⁶²² KELLER, S. 29; SCHMID, S. 50.

⁶²³ KELLER, S. 26; vgl. dazu auch die Richtlinien über die Administrativuntersuchung, BBl 1981 III 1041, Ziff. 12.

⁶²⁴ Vgl. SCHMID, S. 47 f.

⁶²⁵ Richtlinien Administrativuntersuchung, BBl 1981 III 1041, Ziff. 14.

chung noch die Untersuchung parlamentarischer Aufsichtsorgane behindern. Ist ein Verfahrenskonflikt absehbar, sistiert die anordnende Stelle die Administrativuntersuchung oder bricht sie ab. Die Stellung des Disziplinarverfahrens zur Administrativuntersuchung ist gesetzlich nicht explizit verankert, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang: Sobald ein konkreter Verdacht gegen eine bestimmte Person vorliegt, ist ein Verfahren im Sinne von Art. 25 BPG durchzuführen. Die Administrativuntersuchung parallel weiter zu führen ist zulässig, aber nur dann sinnvoll, wenn zusätzliche Vorwürfe abgeklärt werden müssen.

2.2 Institut der Administrativuntersuchung im Kanton Zürich

Das Institut der Administrativuntersuchung im Kanton Zürich unterscheidet sich nicht prinzipiell von demjenigen auf Bundesebene mit zwei Ausnahmen: Erstens besteht im Kanton Zürich gegenwärtig keine Rechtsgrundlage, die die Administrativuntersuchung regelt. Zweitens werden im Kanton Zürich Administrativuntersuchungen auch gegen einzelne Personen durchgeführt.

2.2.1 Rechtliche Grundlage der Administrativuntersuchung

Im Kanton Zürich besteht derzeit keine Rechtsgrundlage, die die Administrativuntersuchung explizit regelt. Die Administrativuntersuchung wird einzig in folgenden Gesetzen erwähnt: Gemäss § 29 Abs. 1 lit. c des Personalgesetzes können Angestellte von der Anstellungs- oder Aufsichtsbehörde jederzeit vorsorglich im Amt eingestellt werden, wenn eine Administrativuntersuchung dies erfordert. Nach § 135 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz kann eine Person, die sexuelle Belästigungen geltend macht oder der eine solche vorgeworfen wird, bei der zuständigen Direktion oder beim zuständigen obersten kantonalen Gericht die Einleitung einer Administrativuntersuchung beantragen. Für eine in solcher Art begründeten Administrativuntersuchung findet die Weisung der Finanzdirektion vom 31. Oktober 2001 betreffend das Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz Anwendung. Die Weisung umschreibt die Voraussetzungen für eine Administrativuntersuchung, die Form und den Inhalt eines entsprechenden Untersuchungsauftrages, die Pflichten der auftraggebenden und der beauftragten Stelle sowie die möglichen Massnahmen oder Sanktionen⁶²⁶. Ferner wird in § 14 der Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail⁶²⁷ fest-

⁶²⁶ Vgl. ferner RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2 f.; Kantonale Verwaltung, Handbuch Personalrecht, Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz, Weisung der Finanzdirektion, http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/veroeffentlichungenpa/handbuch_personalrecht/viii_weitere_rechteundpflichten.html (zuletzt besucht am 3. Febr. 2012).

gehalten, dass bei Missbrauch der Internet- und E-Mail Dienste gegen die betreffende Person eine Administrativuntersuchung durchgeführt werden kann. In § 24b Abs. 6 des Lehrpersonalgesetzes wird darauf hingewiesen, dass die Direktion das Administrativverfahren regelt.

Die Administrativuntersuchung wird in den Grundzügen durch einen Regierungsratsbeschluss aus dem Jahre 2002 geregelt⁶²⁸. Darin wird unter anderem darauf hingewiesen, dass bei der Durchführung einer Administrativuntersuchung die Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gelten sowie die Verfahrensgarantien der Verfassung und die Europäischen Menschenrechtskonvention zur Anwendung gelangen⁶²⁹. Am 30. September 2009 hat der Regierungsrat eine Weisung über die Koordination der Strafverfahren, personalrechtlicher Massnahmen und Administrativverfahren⁶³⁰ erlassen, in welcher sich gewisse Vorschriften über die Einleitung und Durchführung von Administrativverfahren finden. Der Regierungsrat hat die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Administrativuntersuchung anerkannt und die Finanzdirektion beauftragt, in Zusammenarbeit mit der Direktion der Justiz und des Innern ein entsprechendes Rechtssetzungsprojekt einzuleiten⁶³¹. Das Gesetzgebungsprojekt ist noch im Gange.

2.2.2 Wesenszüge der Administrativuntersuchung

Im Kanton Zürich dient die Administrativuntersuchung dazu, einen fraglichen Sachverhalt innerhalb eines Bereiches der Verwaltung vertieft abzuklären: Untersucht werden Abläufe, organisatorische Zustände und Verknüpfungen innerhalb einer Verwaltungseinheit. Administrativuntersuchungen sind somit nicht grundsätzlich gegen bestimmte Personen gerichtet⁶³². Bezweckt wird mit der Administrativuntersuchung, die Funktionsfähigkeit und die Integrität der betreffenden Verwaltungseinheit sicherzustellen bzw. wieder herzustellen⁶³³. Der Unterschied zur formlosen Abklärung im Rahmen der Dienstaufsicht liegt darin, „dass bei Administrativuntersuchungen der Untersuchungsgegenstand sachlich und zeitlich genauer umgrenzt ist, dass die Untersuchung umfassend durchgeführt wird, dass sie einen klaren Beginn und ein klares Ende aufweist und dass auch externe Personen mit ihrer Durchführung betraut werden können.“⁶³⁴ Angeordnet wird die Untersuchung in der Regel von jener Dienststelle, die der Verwaltungseinheit, die untersucht werden soll, hierarchisch übergeordnet ist.

⁶²⁷ Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail vom 17. September 2003 (LS 177.115).

⁶²⁸ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung.

⁶²⁹ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 4.

⁶³⁰ RRB 1580/2009 Koordination.

⁶³¹ RRB 1580/2009 Koordination.

⁶³² RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

⁶³³ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

⁶³⁴ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

Es liegt auch in deren Ermessen, entweder eine formlose Untersuchung oder eine förmliche Administrativuntersuchung anzuordnen. Durchgeführt wird die Administrativuntersuchung von verwaltungsinternen oder verwaltungsexternen Personen, die sich bis dahin nicht mit der Sache befasst haben⁶³⁵.

Seit der Abschaffung des Disziplinarrechts im Kanton Zürich fehlt ein Instrument, um den Verdacht einer Dienstpflichtverletzung angemessen zu untersuchen⁶³⁶. Aus diesem Grund ist eine Administrativuntersuchung auch dann anzuordnen, „wenn gegen einen Staatsangestellten des Kantons der Vorwurf einer schwer wiegenden Verletzung von dienstlichen Pflichten erhoben wird, der einer umfassenden Abklärung durch interne Kräfte oder durch eine unabhängige Person bedarf.“⁶³⁷ Einzelheiten, wie dieses Verfahren durchzuführen ist, werden nicht geregelt.

2.2.3 Erkenntnisse

LANG begründet die Abschaffung des Disziplinarrechts unter anderem damit, Untersuchungen zum Schutz der Angestellten gegen Vorwürfe aus der Öffentlichkeit liessen sich auch auf administrativem Wege vornehmen⁶³⁸. Wie oben ausgeführt hat der Kanton Zürich nach Abschaffung des Disziplinarverfahrens die Administrativuntersuchung auf Verfahren gegen einzelne Staatsangestellte wegen schuldhaft begangener Pflichtverletzungen ausgeweitet.

Die Administrativuntersuchung dient grundsätzlich dazu, abzuklären, ob ein Sachverhalt vorliegt, der im öffentlichen Interesse ein Einschreiten von Amtes wegen erfordert. Eine Untersuchung gegen Betroffene hat dagegen zum Ziel, den Verdacht auf eine Arbeitspflichtverletzung zu untersuchen. Sie soll, wenn nötig, den vor der Pflichtverletzung gewesenen ordnungsgemässen Zustand in der Verwaltung wieder herstellen sowie die Fehlbaren im Einzelnen und die Staatsangestellten im Allgemeinen zu pflichtgemässigem Verhalten ermahnen. Dient die Administrativuntersuchung nun dazu, einerseits untragbare Situationen zu klären und andererseits eine Untersuchung gegen einen Staatsangestellten wegen Verdachts auf eine Arbeitspflichtverletzung zu führen, vermischen sich die Grenzen der beiden Verfahren

⁶³⁵ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

⁶³⁶ Gemäss MÜLLER, Administrativuntersuchung, S. 128 werden gerade Polizeifunktionäre häufiger als andere Verwaltungsangestellte mit Vorwürfen konfrontiert, sie hätten unrechtmässig oder unverhältnismässig gehandelt und es kommt zu Beschwerden und Strafanzeigen. Die Vorwürfe müssen umgehend aufgeklärt und Massnahmen – wo angebracht – ergriffen werden. Die formlosen Abklärungen im Rahmen der Dienstaufsicht sind dazu oftmals nicht geeignet, da interne Ressourcen fehlen und/oder die Unabhängigkeit der Untersuchung nicht genügend gewährleistet werden kann.

⁶³⁷ RRB 1416/2002 Administrativuntersuchung, S. 2.

⁶³⁸ LANG, S. 57; vgl. ferner Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f.

innerhalb der Administrativuntersuchung⁶³⁹. Durch die Vermischung der Verfahren und die fehlende Trennung gesetzlicher Bestimmungen kann den besonderen Anforderungen an die Verfahren nicht genügend Rechnung getragen werden. Es entsteht Rechtsunsicherheit für die unmittelbar Betroffenen und die mit der Anwendung eines solchen Verfahrens betrauten Personen.

Da sich die Verfahren in Ziel, Zweck und Durchführung grundlegend voneinander unterscheiden, stellen sie unterschiedliche Forderungen an die Verfahrensführung, den Rechtsschutz sowie die Rechte und die Rechtssicherheit Betroffener. Es bedarf je nach Untersuchung eines differenzierten Vorgehens, da der Zweck der Verfahren die einzuleitenden Sachverhaltsabklärungen und die notwendigen Massnahmen bestimmt. Der zu ermittelnde Sachverhalt ist in Tiefe, Dichte, Gründlichkeit und Vollständigkeit ein anderer, wenn darauf strukturelle und prozessuale Empfehlungen oder Massnahmen gegen Einzelne gestützt werden. Ferner wird eine Administrativuntersuchung mit einem Bericht abgeschlossen, der den Ablauf sowie die Ergebnisse der Untersuchung darstellt und Vorschläge für das weitere Vorgehen präsentiert. Ein Rechtsmittel gegen den Bericht kann nicht eingelegt werden. Untersuchungen gegen Betroffene dagegen werden mit einer Verfügung abgeschlossen, in welcher möglicherweise Massnahmen verhängt werden, welche abschliessend in einem Gesetz geregelt sein müssen. Der Rechtsweg steht offen, da die Betroffenen beschwert sind.

⁶³⁹ Vgl. SCHMID, S. 46 f.

3 Abgrenzung zur Strafuntersuchung

Staatsangestellte unterstehen nicht nur der disziplinarischen Verantwortung; für ihr rechtswidriges Tun und Unterlassen werden sie auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Wie alle Bürgerinnen und Bürger haben Staatsangestellte die Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) sowie der Nebenstrafgesetzgebung zu befolgen. Zusätzlich zu den gemeinen Delikten, deren strafrechtlich sanktionierte Verbote oder Gebote sich an jede Person richten, können Staatsangestellte aufgrund ihrer Eigenschaft zusätzlich beamtenrechtlichen Sonderdelikte begehen. Im Hinblick auf die Durchsetzung des materiellen Rechts sind auch für Staatsangestellte die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung verbindlich.

Das Disziplinarverfahren und die Strafuntersuchung sind voneinander unabhängig: Die disziplinarische und die strafrechtliche Verantwortlichkeit beruhen auf zwei grundsätzlich verschiedenen Rechtsordnungen, auch wenn sowohl im Disziplinarrecht als auch im Strafrecht in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren auf menschliches Fehlverhalten reagiert wird und in beiden Verfahren Sanktionen ausgesprochen werden, die ein Verschulden voraussetzen, welches gleichzeitig als Strafzumessungskriterium gilt. Trotz Unabhängigkeit der Verfahren prägt Ungewissheit deren Wechselbeziehung.

Verschiedene Formen zwischen dem Strafverfahren und dem Disziplinarverfahren sind möglich: Beispielsweise kann sich anlässlich einer Disziplinaruntersuchung ein Verdacht auf eine strafbare Handlung erhärten. Ebenso denkbar ist, dass vor einer Disziplinaruntersuchung ein Strafverfahren gegen einen Staatsangestellten eröffnet wird. Das strafbare Verhalten kann in direktem Zusammenhang zur Amtsführung stehen; der bzw. die Staatsangestellte missbraucht die Amtsgewalt zu sachfremden Zwecken und erfüllt dadurch einerseits einen Straftatbestand und macht sich andererseits einer Dienstpflichtverletzung schuldig, da solche Rechtsverstösse unmittelbar dienstbezogen sind⁶⁴⁰. Ebenfalls möglich ist, dass eine Straftat in keinem direkten Zusammenhang zur Amtsführung steht, trotzdem aber personalrechtliche oder disziplinarische Massnahmen erforderlich sind, um das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung wieder zu gewährleisten und das Vertrauen der Bevölkerung aufrecht zu erhalten.

⁶⁴⁰ BELLWALD, S. 28.

3.1 Einleitung der Verfahren

3.1.1 Einleitung eines Strafverfahrens aufgrund eines Disziplinarverfahrens

3.1.1.1 Strafprozessuales Legalitätsprinzip und Anzeigepflicht

Im Strafprozess besagt das Legalitätsprinzip, dass die Behörden aktiv werden müssen; Strafbehörden sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen (Art. 7 Abs. 1 StPO). Im Sinne des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, hinreichenden Verdachtsgründen betreffend Tat und Täter nachzugehen: Es obliegt dem Staat von Amtes wegen, Straftaten zu verfolgen, um die Durchsetzung des materiellen Strafrechts zu gewährleisten. Von dieser Regel ausgenommen sind die Antragsdelikte und die Ermächtigungsdelikte⁶⁴¹. Folglich sind Strafverfolgungsbehörden - namentlich die Übertretungsstraßbehörden, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, das Zwangsmassnahmengericht, das erstinstanzliche Gericht, die Beschwerdeinstanz sowie das Berufungsgericht - aufgrund des strafrechtlichen Verfolgungszwangs verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden (Art. 302 StPO). Gegenstand der Anzeigepflicht sind Straftaten nach Bundesrecht (StGB, SVG, VStR etc.). Soweit die Strafverfolgungsbehörden für die Verfolgung nicht selber zuständig sind, sind sie verpflichtet, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen⁶⁴².

Ob und wie weit die übrigen eidgenössischen und kantonalen Behörden und Staatsangestellte zur Anzeige verpflichtet sind, setzen Bund und Kanton in ihren Einführungsgesetzen fest⁶⁴³. Auf Bundesebene regelt Art. 22a BPG, dass Angestellte verpflichtet sind, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle anzuzeigen. Eine vergleichbare Regelung der Anzeigepflicht ist im Kanton Zürich in § 167 GOG festgehalten: Behörden und Angestellte des Kantons und der Gemeinden haben strafbare Handlungen, die sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrnehmen, anzuzeigen. Vorbehalten bleiben Anzeigepflichten aus anderen Bundes- bzw. Kantonserlassen. Wird trotz bestehender Anzeigepflicht auf eine Strafanzeige verzichtet, kann dies zu strafrechtlichen und disziplinarischen Konsequenzen

⁶⁴¹ Art. 7 Abs. 2 StPO; PIETH, S. 37.

⁶⁴² Von den Anzeigepflichten zu unterscheiden sind die Auskunft- oder Meldepflichten, die für gewisse Berufspersonen gelten und deren Pflichten von den Kantonen festzulegen sind.

⁶⁴³ PIETH, S. 168; Botschaft StPO, BBl 2006 1130.

führen⁶⁴⁴. Ebenfalls möglich ist, dass durch die widerrechtliche Unterlassung der Staat finanziell für den dadurch entstandenen Schaden haftet.

In einem aktuellen Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu prüfen, ob eine an einem Strafuntersuchungsverfahren beteiligte Person unter Umständen auch gegenüber der Staatsanwaltschaft Anonymität beanspruchen kann und er gegebenenfalls deshalb die Herausgabe der verlangten Informationen verweigern darf. Gemäss Bundesgericht liege die Klärung der Frage im öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz und diene der Rechtssicherheit⁶⁴⁵.

Der ehemalige Kommandant der Kantonspolizei Aarau hatte aufgrund seiner gesetzlichen Fürsorgepflicht der Staatsanwaltschaft die Bekanntgabe der Identität der an einem Einsatz mit Schusswaffengebrauch beteiligten Polizeifunktionäre verweigert. Das Bundesgericht hält fest, dass die Polizei selbst dann die Namen der in eine Straftat involvierten Polizeifunktionäre bekannt zu geben habe, wenn der Verdacht bestehe, die involvierten Funktionäre könnten durch die Mitwirkung im Verfahren einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil ausgesetzt sein. Sinn und Zweck der Zusicherung der Anonymität im Sinne der Strafprozessordnung⁶⁴⁶ sei die Geheimhaltung der Identität der betroffenen Person gegenüber Personen, die ihr Schaden zufügen könnten. Das Recht auf Anonymität bestehe nicht gegenüber den Behörden wie etwa der Staatsanwaltschaft und Gericht, sondern nur gegenüber denjenigen Personen, welche eine Gefährdung darstellen könnten⁶⁴⁷.

3.1.1.2 Hinreichender Tatverdacht als Prozessvoraussetzung

Ob ein hinreichender Anfangsverdacht zur strafrechtlichen Anzeigeerstattung besteht, kann anlässlich der Disziplinaruntersuchung geprüft werden. Gemäss SCHMID ist bei schwachem oder undeutlichem Tatverdacht den anzeigepflichtigen Behörden ein gewisses Ermessen zuzugestehen: Den Behörden soll erlaubt sein, interne Untersuchungen durchzuführen, um den Sachverhalt eingehend abzuklären, bevor Strafanzeige erstattet wird⁶⁴⁸. Die Strafverfolgung soll dann eingeleitet werden, „wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, aufgrund derer eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines strafbaren Verhaltens besteht. Nicht ausreichend sind blos-

⁶⁴⁴ LANDSHUT, Kommentar StPO, N 20 zu Art. 302.

⁶⁴⁵ BGer vom 18.06.2012, 1B_205/2012 E. 1.

⁶⁴⁶ Art. 149 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a sowie Art. 150 Abs. 1 StPO.

⁶⁴⁷ BGer vom 18.06.2012, 1B_205/2012 E. 3.2.3.

⁶⁴⁸ SCHMID, S. 50.

se Vermutungen bzw. ein Verdacht, der allein auf kriminalistischen Erfahrungsgrundsätzen aufbaut, ohne durch einzelfallbezogene Anhaltspunkte erhärtet zu sein.“⁶⁴⁹

3.1.1.3 Ermächtigung zur Strafverfolgung

Der Ermächtigungsvorbehalt wurde anlässlich der gesamtschweizerischen Strafprozessordnung erweitert, indem nicht bloss die Strafverfolgung der obersten Gerichts- und Exekutivbehörden, sondern aller Vollziehungs- und Gerichtsbehörden von der Ermächtigung einer Behörde abhängig gemacht werden kann (Art. 7 Abs. 2 StPO)⁶⁵⁰. Demgemäss wird ein Verfahren einer, im dienstlichen Zusammenhang verübten Straftat eines Staatsangestellten erst eingeleitet, wenn die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilt wurde. Unaufschiebbare sichernde Massnahmen kann die zuständige Behörde schon vorher treffen (Art. 303 StPO). Sinn und Zweck der Ermächtigung ist, die Mitglieder der Behörden vor „unbegründeten, insbesondere trölerischen und mutwilligen Strafanzeigen“⁶⁵¹ und vor einer ungerechtfertigten oder inopportunen Strafverfolgung zu schützen, was wiederum den reibungslosen Gang der Verwaltung sicherstellt⁶⁵².

Auf Bundesebene bedarf die Strafverfolgung von Angestellten wegen strafbarer Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen (ausgenommen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz) einer Ermächtigung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Art. 15 Abs. 1 VG). Die Ermächtigung ist auch dann erforderlich, wenn die betreffende Person nicht mehr im Dienste des Bundes steht⁶⁵³. Zu versagen ist die Ermächtigung, wenn sich im Vorprüfverfahren herausstellt, dass die materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt oder die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung nicht gegeben sind⁶⁵⁴. Ausserdem kann die Ermächtigung verweigert werden, wenn zwar ein Straftatbestand und die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung erfüllt sind, es sich aber sowohl um einen leichten Fall handelt als auch die Tat nach allen Umständen durch eine dis-

⁶⁴⁹ WOHLERS, Kommentar StPO, N 5 zu Art. 7.

⁶⁵⁰ SCHMID, S. 7; Botschaft StPO, BBl 2006 1131.

⁶⁵¹ BGE 106 Ib 273 E. 3a S. 277; WOHLERS, Kommentar StPO, N 10 zu Art. 7.

⁶⁵² HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar GOG, N 19 zu § 148.

⁶⁵³ BGE 106 Ib 273 E. 3a S. 277. Dabei geht es darum, dass Staatsangestellte darauf zählen können, dass sie auch nach Ende ihrer Tätigkeit vor trölerischen oder mutwilligen Strafanzeigen geschützt sind. Damit soll verhindert werden, dass das Verhalten der Staatsangestellten während der Tätigkeit durch allfällige spätere Verwicklungen in derartige Strafverfahren beeinflusst und der Gang der Verwaltung auf diese Weise beeinträchtigt wird.

⁶⁵⁴ WOHLERS, Kommentar StPO, N 10 zu Art. 7.

ziplinarische Bestrafung des bzw. der Fehlbaren als genügend geahndet erscheint (Art. 15 Abs. 3 VG)⁶⁵⁵.

Im Kanton Zürich entscheidet nach dem Wortlaut von § 148 GOG das Obergericht über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen Beamte wegen im Amt begangener Verbrechen oder Vergehen. Das Bundesgericht präzisiert allerdings, dass es bei § 148 GOG in der Sache um die Zuständigkeit zum Ermächtigungsentscheid geht⁶⁵⁶. Das Strafverfahren soll erst durchgeführt werden können, wenn eine (höhere) Behörde vorher ihre Zustimmung erteilt hat. Das Obergericht hat nicht im Detail über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu befinden. Die Ermächtigung zur Strafverfolgung ist nur in klarerweise unbegründeten Strafanzeigen zu verweigern. In Zweifelsfällen ist die Ermächtigung zu erteilen, wobei zur Erteilung ausschliesslich strafrechtliche und nicht politische oder sonstige Aspekte zu berücksichtigen sind⁶⁵⁷. Erteilt das Obergericht die Ermächtigung, kann die Staatsanwaltschaft die Untersuchung eröffnen. „Der förmliche Entscheid über die Eröffnung oder die Nichtanhandnahme obliegt Kraft ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung (Art. 309 StPO und 310 StPO) in jedem Fall ihr [der Staatsanwaltschaft], auch wenn § 148 GOG/ZH missverständlich die gleichen Begriffe verwendet.“⁶⁵⁸

Obwohl Art. 7 Abs. 2 StPO von der „Ermächtigung einer nicht richterlichen Behörde“ spricht, betrachtete es der kantonale Gesetzgeber als zulässig, im GOG das Obergericht zur Erteilung der Ermächtigung vorzusehen. Mit Beschluss vom 21. Januar 2011 trat das Obergericht des Kantons Zürich auf das Gesuch der Oberstaatsanwaltschaft um Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen Beamte nicht ein, mit der Begründung, § 148 GOG verstosse gegen die bundesrechtlichen Vorschriften von Art. 309 StPO und 310 StPO, wonach alleine die Staatsanwaltschaft für die Eröffnung oder die Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung zuständig sei⁶⁵⁹. Gemäss Bundesgericht wird in Art. 7 Abs. 2 StPO zwar ausdrücklich von einer nicht richterlichen Behörde gesprochen, doch habe der Bundesgesetzgeber damit nicht ausschliessen wollen, dass die Kantone richterliche Behörden zur Ermächtigung der Strafverfolgung einsetzen. „Wenn es den Kantonen gestattet ist, nicht richterliche Ermächtigungsbehörden vorzusehen, muss es ihnen nach dem Grundsatz ‚in maiore

⁶⁵⁵ BGE 106 Ib 273, E. 3a S. 277; WOHLERS, Kommentar StPO, N 16 zu Art. 7.

⁶⁵⁶ BGE 137 IV 269 E. 2.3 S. 277.

⁶⁵⁷ HAUSER/SCHWERTI/LIEBER, Kommentar GOG, N 19 zu § 148.

⁶⁵⁸ BGE 137 IV 269 E. 2.3 S. 277, HAUSER/SCHWERTI/LIEBER, Kommentar GOG, N 1 zu § 148.

⁶⁵⁹ RRB 106/2011 Zuständigkeit.

minus' erst recht erlaubt sein, mit entsprechender Unabhängigkeit ausgestattete richterliche Behörden einzusetzen."⁶⁶⁰

3.1.2 Einleitung eines Disziplinarverfahrens aufgrund eines Strafverfahrens

Denkbar ist, dass bei den Strafverfolgungsbehörden eine Strafanzeige gegen einen Staatsangestellten eingeht, ohne dass der Arbeitgeber davon Kenntnis hat. Erfolgt die Strafanzeige aufgrund eines im Amt begangenen Deliktes, wird die bzw. der Betroffene im Amt um eine Aussageermächtigung ersuchen müssen, wodurch die Verwaltungsstelle Kenntnis des laufenden Strafverfahrens erhält und eine Disziplinaruntersuchung eröffnen kann. In der Folge kann der Mitarbeitende zur Unterzeichnung einer Vollmacht zur Akteneinsicht angehalten werden, wozu er aber gesetzlich nicht verpflichtet ist. Liegt keine Vollmacht zur Akteneinsicht vor, haben Mitglieder von Strafbehörden grundsätzlich Stillschweigen hinsichtlich Tatsachen zu bewahren, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangen (Art. 73 StPO). Dies gilt ebenfalls für Delikte, die Staatsangestellte in ihrer Freizeit verüben. Mittels Disziplinaruntersuchung kann nur dann geprüft werden, ob Massnahmen erlassen werden müssen, wenn die entsprechende Verwaltungseinheit überhaupt von der Straftat Kenntnis erlangt.

Bund und Kantone können die Strafbehörden zu Mitteilungen an Behörden verpflichten oder berechtigen (Art. 75 Abs. 4 StPO). Neben den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Mitteilungspflichten⁶⁶¹ sind andere Behörden über hängige Strafverfahren aktiv zu informieren, sofern dies im Einzelfall zur Abwendung einer drohenden Gefahr für Leib und Leben unentbehrlich, oder der notwendige Schutz anderer wesentlicher Rechtsgüter höher zu gewichten ist⁶⁶². Sind andere wesentlichen Rechtsgüter in Gefahr, bedarf es einer Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person und der Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes. Berücksichtigt werden muss, ob das konkrete Fehlverhalten des bzw. der Staatsangestellten für die öffentliche Verwaltung als Arbeitgeber unzumutbar ist. Um die betroffene Verwaltungseinheit informieren zu können, muss entweder aufgrund der Schwere des deliktischen Verhaltens die weitere Beschäftigung der betroffenen Person in Frage gestellt sein oder das öffentliche Ansehen des Staates und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung muss tatsächlich gefährdet sein.

⁶⁶⁰ BGE 137 IV 269 E. 2.2 S. 275 f.; HAUSER/SCHWERTI/LIEBER, Kommentar GOG, N 2 zu § 148.

⁶⁶¹ Infrage kommt namentlich die Mitteilung im Falle von Rechtsanwälten, Ärzten, Pfarrern, Lehrpersonen und Beamten an die zuständige Aufsichts- oder Disziplinarbehörde, ferner bei Studierenden an die Hochschulleitung.

⁶⁶² § 151 GOG i.V.m. § 17 Abs. 1 lit. c IDG.

3.2 Koordination von Disziplinarverfahren und Strafuntersuchung

3.2.1 Zeitliche Durchführung der Verfahren

Aufgrund der verschiedenen Zielsetzungen der Verfahren, der unterschiedlich geltenden Verfahrensgrundsätze, sowie der differenzierten Sanktionen sind die Verfahren voneinander unabhängig und können parallel und kumulativ geführt werden⁶⁶³. Die Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden sind grundsätzlich frei, wie sie das Verhältnis von Disziplinarverfahren einerseits und Strafuntersuchung andererseits regeln wollen⁶⁶⁴. Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz ist der Entscheid über Disziplinar massnahmen bis zur Beendigung des Strafverfahrens aufgeschoben, wenn der gleiche Sachverhalt zu einer Disziplinaruntersuchung und zu einem Strafverfahren führt⁶⁶⁵. Aus wichtigen Gründen kann ausnahmsweise vor Beendigung des Strafverfahrens über Disziplinar massnahmen entschieden werden⁶⁶⁶. BELLWALD kritisiert dieses Vorgehen: Die vorläufige Sistierung des Disziplinarverfahrens sei nur dann gerechtfertigt, wenn mittels der im Strafprozess zur Verfügung stehenden Massnahmen ein komplexer Sachverhalt besser eruiert werden kann, als in einem Disziplinarverfahren. In allen anderen Fällen widerspreche das Herausschieben des Disziplinarentscheides dem Zweck des Disziplinarrechts, die Funktionstüchtigkeit der Verwaltung wiederherzustellen und das Vertrauen in die Beamtenschaft zu schützen. Weiter sei es für einen Staatsangestellten schwierig, Massregelungen zu akzeptieren, wenn die Arbeitspflichtverletzung lange her sei und sich der bzw. die Betroffene seither einwandfrei verhalten habe⁶⁶⁷. Nichtsdestotrotz erscheint die vorläufige Sistierung einer Disziplinaruntersuchung bis zum Abschluss des Strafverfahrens als sinnvoll, um Verfahrenssynergien zu nutzen und Widersprüche im Rechtssystem zu vermeiden.

3.2.2 Verbindlichkeit der strafrechtlichen Erledigung im Disziplinarverfahren

Grundsätzlich fällen Zivil-, Straf- und Verwaltungsbehörden die Entscheide in ihrem Zuständigkeitsbereich autonom. Daher wurde lange Zeit die Meinung vertreten, die Disziplinarbehörden seien nicht an die Sachverhaltsfeststellungen, die Begründungen und die rechtlichen

⁶⁶³ SCHMID, S. 47.

⁶⁶⁴ Vgl. RRB 1580/2009 Koordination, S. 2.

⁶⁶⁵ Art. 18 Abs. 2 VG; Art. 98 Abs. 4 BPV. Ähnlich das Bundesdisziplinalgesetz (BRD): Gemäss § 22 Abs. 1 wird das Disziplinarverfahren ausgesetzt, wenn gegen den Beamten wegen des Sachverhalts, der dem Disziplinarverfahren zugrunde liegt, im Strafverfahren die öffentliche Klage erhoben worden ist. Allerdings kann die Aussetzung unterbleiben, wenn keine begründeten Zweifel am Sachverhalt bestehen oder wenn im Strafverfahren aus Gründen nicht verhandelt werden kann, die in der Person des Beamten liegen.

⁶⁶⁶ Art. 98 Abs. 4 BPV.

⁶⁶⁷ BELLWALD, S. 30.

Würdigungen der Zivil- und Strafgerichte gebunden⁶⁶⁸. Allerdings entfaltete ein rechtskräftiger Strafsentscheid auch ohne gesetzliche Bindungswirkung eine wesentliche präjudizierende Wirkung auf den Disziplinarsentscheid. Für die Disziplinarbehörde war es von Vorteil, nicht ohne Not von den Sachverhaltsfeststellungen der Strafbehörden abzuweichen, da diese den Sachverhalt mit den effektiveren Mitteln der Strafprozessordnung abklären kann⁶⁶⁹.

Gemäss ständiger Rechtsprechung haben Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden grundsätzlich auf die tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung von Parteien und Einvernahme von Zeugen ergangen ist, es sei denn, es bestünden klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Tatsachenfeststellung⁶⁷⁰. Auch gegenüber einem Strafsentscheid, der im Strafbefehlsverfahren ergangen ist, besteht unter bestimmten Voraussetzungen eine Bindungswirkung⁶⁷¹. Die Verwaltungsbehörde darf nur dann von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zugrundelegt, die dem Strafrichter unbekannt waren, oder wenn sie zusätzliche Beweise erhebt und wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat⁶⁷².

Anders als bei der Sachverhaltsfeststellung verhält es sich bei der Qualifizierung des Verhaltens. Bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts sind Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden grundsätzlich nicht an die Erkenntnisse des Strafrichters gebunden⁶⁷³. Anders

⁶⁶⁸ BELLWALD, S. 29; HINTERBERGER, S. 56; SCHMID, S. 69. Anders in Deutschland: Gemäss Bundesdisziplinargesetz (BRD), § 23 Abs. 1 sind die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Straf- oder Bussgeldverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat, bindend. Die Bindungsfeststellung erfasst auch die Feststellungen zur Schuldfähigkeit und zur Schuldform (Vorsatz und Fahrlässigkeit). Die Bindungswirkung verhindert gegensätzliche Entscheidungen und berücksichtigt die rechtsstaatlich gesicherten Aufklärungsregeln des Strafprozesses. Sie dient der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz und entlastet und beschleunigt die disziplinarischen Ermittlungen. Die Feststellung des Strafgerichts zur Subsumierbarkeit des Sachverhalts unter einen Straftatbestand bindet die Disziplinargerichte jedoch nicht. Ebenfalls nicht bindend ist der einem Strafbefehl zugrunde liegende Sachverhalt, da ein Strafbefehl nur in der Wirkung einem Urteil gleicht; das Strafbefehlsverfahren ist ein verkürztes Strafverfahren, in dem es nicht zu einer Verhandlung mit besonderer Beweisaufnahme kommt. Die absolute Bindungswirkung hat zur Folge, dass nach freisprechenden Urteilen in Straf- oder Bussgeldverfahren nur noch Ermittlungen durchgeführt bzw. fortgesetzt werden dürfen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, ohne zugleich den vollumfänglichen Tatbestand, der Gegenstand des freisprechenden Urteils war, zu erfüllen. CLAUSSEN/BENNEKE/SCHWANDT, S. 98 f.

⁶⁶⁹ BELLWALD, S. 29; SCHMID, S. 69.

⁶⁷⁰ BGer vom 16.5.2006 6A.19/2006 E. 1; BGE 124 II 103, E. 1c/bb S. 106; VerG ZH vom 27.1.2010 PB.2009.00035 E. 7.1.; BGer vom 3.4.2009 1C_513/2008 E. 5.3.3.

⁶⁷¹ VerG ZH vom 27.1.2010 PB.2009.00035 E. 7.1; BGE 123 II 97 E. 3c/aa S. 103.

⁶⁷² VerG ZH vom 27.1.2010 PB.2009.00035 E. 7.1.

⁶⁷³ VerG ZH vom 27.1.2010 PB.2009.00035 E. 7.

kann es sich verhalten, sofern die rechtliche Würdigung stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde⁶⁷⁴.

Zu berücksichtigen bleibt, dass das Straf- und das Disziplinarverfahren andere Ziele und Zwecke verfolgen, aber die gleichen Verhaltensweisen differenziert würdigen und sanktionieren: Wird beispielsweise ein Staatsangestellter oder eine Staatsangestellte im Zusammenhang mit seiner bzw. ihrer Amtstätigkeit rechtskräftig wegen der strafrechtlichen Relevanz arbeitsrechtlicher Pflichten verurteilt, ist im Disziplinarverfahren ebenfalls von einer vorsätzlichen Arbeitspflichtverletzung auszugehen. Dabei kann sich eine disziplinarische Verfolgung ausnahmsweise erübrigen, wenn durch eine bereits erfolgte strafrechtliche Verurteilung auch der Zweck des Disziplinarrechts erfüllt ist⁶⁷⁵. Dem gegenüber verunmöglicht ein Freispruch oder eine Einstellung eines Strafverfahrens nicht zwangsläufig eine Disziplinar massnahme. Es bleibt zu prüfen, ob das Verhalten trotz strafprozessualer Entlastung als vorsätzliche Arbeitspflichtverletzung zu qualifizieren und entsprechend zu sanktionieren ist.

3.3 Datenschutz bei Akteneinsicht

Der Datenschutz bezweckt einerseits, das Handeln der öffentlichen Organe transparent zu gestalten und damit die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte zu fördern sowie die Kontrolle des staatlichen Handelns zu erleichtern. Andererseits dient der Datenschutz dazu, die Grundrechte von Personen zu schützen, über welche die öffentlichen Organe Daten bearbeiten⁶⁷⁶. Die Vielzahl der von potenziell miteinander in Konflikt stehender Interessen (wie beispielsweise bei der Gewährung um Akteneinsicht)⁶⁷⁷ verdeutlicht, wie wichtig im Datenschutzrecht der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und das Abwägen der Interessen Involvierter untereinander ist⁶⁷⁸.

Gelangen Datenschutzbestimmungen zur Anwendung, ist in erster Linie zu prüfen, ob bundesrechtliche oder kantonale Datenschutzgesetze gelten. Ferner muss festgestellt werden, ob die Anwendung der Datenschutzbestimmung ausgeschlossen ist. Sowohl das Datenschutzgesetz des Bundes als auch diejenigen der Kantone sehen für bestimmte Datenkatego-

⁶⁷⁴ BGer vom 16.5.2006 6A.19/2006 E. 1; BGE 124 II 103, E. 1c/bb S. 106; VerG ZH vom 27.1.2010PB.2009.00035 E. 7.

⁶⁷⁵ BELLWALD, S. 30; SCHALLER, S. 18.

⁶⁷⁶ § 1 IDG.

⁶⁷⁷ Die Akteneinsicht ist von der Mitteilungspflicht zu unterscheiden. Stellte eine Behörde im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ein Akteneinsichtsgesuch, ist sie bereits darüber informiert, dass überhaupt ein Strafverfahren eingeleitet wurde.

⁶⁷⁸ Vgl. EPINEY, S. 7.

rien und/oder Bearbeitungsvorgänge eine Einschränkung oder einen Ausschluss der Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung vor. Dies deshalb, weil bereits spezialgesetzliche Normen die Persönlichkeit von betroffenen Personen schützen. Aus diesem Grund ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Spezialgesetzgebung Bestimmungen zum Datenschutz enthalten⁶⁷⁹.

3.3.1 Datenschutz bei hängigen Strafverfahren

Sowohl das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) als auch das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) des Kantons Zürichs schliessen die Geltung der Datenschutzbestimmungen für hängige Strafverfahren aus⁶⁸⁰. Gemäss der Eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) richtet sich das Bearbeiten und Aufbewahren von Personendaten erst nach Abschluss des Strafverfahrens nach den Bestimmungen des Datenschutzrechts von Bund und Kantonen (Art. 99 StPO). Während hängigen Verfahren wird betreffend dem Zugang zu Informationen das massgebliche Verfahrensrecht, also die eidgenössische Strafprozessordnung, angewendet.

Gemäss Art. 101 Abs. 2 StPO können andere Behörden die Akten einsehen, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Über die Akteneinsicht entscheidet im Einzelfall die Verfahrensleitung.

Gemäss Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich haben bei einem Zusammentreffen von Administrativ- und Strafuntersuchung bei gleichzeitiger Aussicht auf personalrechtliche Massnahmen die zuständigen Direktionen und die Oberstaatsanwaltschaft Ansprechpersonen zu bestimmen, die die nächsten Schritte in ihren Verfahren koordinieren. Als Koordinationsaufgabe wird beispielsweise der Beizug von Akten, Personendaten und Befragungen genannt⁶⁸¹.

3.3.2 Datenschutz vor und nach hängigen Strafverfahren

Vor und nach dem Strafverfahren kommen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zur Anwendung. Bundesbehörden und kantonale Behörden dürfen gestützt auf das Rechtmässigkeitsprinzip nur dann Datenbearbeitungen vornehmen, wenn hierfür eine gesetzliche

⁶⁷⁹ EPINEY, S. 14.

⁶⁸⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG; § 20 Abs. 3 IDG.

⁶⁸¹ RRB 1580/2009 Koordination, S. 5.

Grundlage besteht⁶⁸². Dies gilt desgleichen für das Beschaffen von Daten als besondere Form der Bearbeitung. Folglich bedarf es beim Austausch oder der Bekanntgabe von besonderen Personendaten⁶⁸³ einer ausreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz. „Diese hat insbesondere Angaben darüber zu enthalten, welche öffentlichen Organe oder Personen zu welchen Zwecken besondere Personendaten anderen öffentlichen Organen oder Privatpersonen bekannt geben dürfen und auf welche Weise die Bekanntgabe erfolgt.“⁶⁸⁴ Ausnahmen sind unter anderem zulässig, wenn die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind⁶⁸⁵.

Im Kanton Zürich beispielsweise darf die Strafverfolgungsbehörde gestützt auf § 17 Abs. 2 IDG über das Fehlverhalten einer Angestellten oder eines Angestellten deren oder dessen Aufsichtsinstanz auf deren Verlangen informieren, wenn die Kenntnisnahme zur Wahrung der Aufsichtspflichten gegenüber der fehlbaren Person notwendig ist. § 17 Abs. 2 IDG kommt somit einer allgemeinen Amts- und Rechtshilfebestimmung und einer Ausführungsbestimmung zum allgemeinen Amtsgeheimnis gleich⁶⁸⁶. Zur Anwendung gelangt die Bestimmung, wenn es sich um ein Fehlverhalten handelt, das die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person infrage stellt oder allenfalls andere Massnahmen wie z.B. die Versetzung nötig macht⁶⁸⁷. Ferner müssen die verlangten Akten zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe benötigt werden. Das heisst, die Aktenherausgabe ist nur in den Fällen zulässig, in denen der Empfänger seine gesetzliche Aufgabe ohne Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllen könnte. Die „Notwendigkeit der Bekanntgabe der Daten“ wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem neueren Entscheid präzisiert⁶⁸⁸:

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hob den im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde ergangenen Beschluss des Regierungsrates auf, mit welchem die Oberstaatsanwaltschaft angewiesen wurde, der Bildungsdirektion vier polizeiliche Befragungsprotokolle herauszugeben. Die Bildungsdirektion hatte die Staatsanwaltschaft IV um die Herausgabe der Befragun-

⁶⁸² EPINEY, S. 17; Art. 17 DSG.

⁶⁸³ Gemäss IDG § 3 handelt es sich bei besonderen Personendaten um Informationen, bei denen wegen ihrer Bedeutung, der Art ihrer Bearbeitung oder der Möglichkeit ihrer Verknüpfung mit anderen Informationen die besondere Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung besteht. Dazu gehören unter anderem administrative oder strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen.

⁶⁸⁴ KR-Nr. 9a/2008 Institutionalisierte Zusammenarbeit, S. 4.

⁶⁸⁵ Art. 19 Abs. 1 al. a DSG; § 17 Abs. 2 IDG. So weist im Kanton Zürich auch § 151 GOG darauf hin, dass Strafbehörden andere Behörden über von ihnen geführte Verfahren informieren dürfen, wenn die Voraussetzungen von § 17 IDG erfüllt sind.

⁶⁸⁶ Vgl. dazu auch Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff., S. 469.

⁶⁸⁷ RRB 1580/2009 Koordination, S. 3.

⁶⁸⁸ VGr ZH vom 16.12.2010 VB.2010.00588.

gen ersucht, um anlässlich einer Administrativuntersuchung zu prüfen, ob der Betroffene noch als befähigt erscheine, in der öffentlichen Schule zu unterrichten, oder ob ihm das Lehrdiplom zu entziehen sei. Das Verwaltungsgericht stützte sich bei seinem Entscheid auf § 17 Abs. 2 IDG, welcher einem öffentlichen Organ erlaubt, besondere Personendaten bekannt zu geben, wenn ein anderes öffentliches Organ diese zur Erfüllung derer gesetzlichen Aufgaben benötigt⁶⁸⁹.

Das Verwaltungsgericht führt aus, dass die Notwendigkeit der Bekanntgabe der Daten im Sinn von § 17 Abs. 2 IDG nicht leichthin bejaht werden darf. Es genüge nicht, „dass die Aufgabenerfüllung des ersuchenden öffentlichen Organs durch den Beizug von Personendaten eines anderen öffentlichen Organs lediglich erleichtert oder beschleunigt wird. Vielmehr ist vorauszusetzen, dass der Beizug die gesetzliche Aufgabenerfüllung des entsprechenden Organs überhaupt ermöglicht. Die Amtshilfe muss demnach geradezu unentbehrlich sein.“⁶⁹⁰ Die Unentbehrlichkeit konnte im vorliegenden Fall nach Meinung des Verwaltungsgerichtes nicht genügend dargelegt werden: Dem Amt stehe offen, Beteiligte im Rahmen des Administrativverfahrens zu befragen. Das Argument, wonach dem polizeilichen Ermittlungsverfahren gegenüber dem Verwaltungsverfahren generell eine erhöhte autoritative Wirkung auf die Rechtsunterworfenen zuzuerkennen sei, überzeugte das Gericht nicht. Den Einwand, eine weitere Befragung sei für die Betroffenen belastend, würde das Verwaltungsgericht nur dann zulassen, wenn sich eine erneute Befragung geradezu verbieten würde⁶⁹¹.

3.4 Erkenntnisse

LANG begründet die Abschaffung des Disziplinarrechts unter anderem dadurch, dass die Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung ein parallel dazu geführtes Disziplinarverfahren unnötig mache⁶⁹².

Wo das strafrechtlich relevante Verhalten und die Arbeitspflichtverletzung identisch sind und die strafrechtliche Sanktion die Zwecke des Disziplinarrechts erfüllt, kann und soll aufgrund des Opportunitätsprinzips von disziplinarrechtlichen Massnahmen abgesehen werden. In den meisten Fällen aber erfüllt eine Arbeitspflichtverletzung keinen strafrechtlich relevanten Tatbestand. Arbeitspflichten dienen dazu, eine innere Ordnung aufrecht zu erhalten. Sie richten

⁶⁸⁹ VGr ZH vom 16.12.2010 VB.2010.00588 E.3.

⁶⁹⁰ VGr ZH vom 16.12.2010 VB.2010.00588 E.3.

⁶⁹¹ VGr ZH vom 16.12.2010 VB.2010.00588 E.4.3.

⁶⁹² LANG, S. 57; vgl. ferner Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f.

sich an einen beschränkten Adressatenkreis und wiegen meist nicht so schwer, als dass sich eine strafrechtliche Verfolgung und Sanktionierung rechtfertigen würden. Folglich sind im Disziplinarrecht die Massnahmen zahlreicher aber milder und dienen nicht der Bestrafung des Fehlbaren, sondern der Wiederherstellung der institutionellen Ordnung. Das Strafverfahren vermag das Disziplinarverfahren insofern nicht lückenlos zu ersetzen.

4 Abgrenzung zum personalrechtlichen Verfahren

4.1 Das personalrechtliche Verfahren als Verwaltungsverfahren

Das öffentliche Dienstrecht umfasst die Gesamtheit der Normen, die das Arbeitsverhältnis der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Person regeln. Meist sind die Normen in einem Personalgesetz festgehalten. Wo das Personalgesetz nichts Abweichendes bestimmt, gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz⁶⁹³. Das Verwaltungsverfahren kommt zur Anwendung, wenn eine Verfügung erlassen wird. Allerdings werden nicht alle personalrechtlichen Entscheide durch eine Verfügung getroffen. Im Bereich personalrelevanten Handelns sind verfügungsfreie Konkretisierungen des Dienstverhältnisses, die täglichen Anweisungen und Aufträgen gleichkommen, besonders zahlreich⁶⁹⁴. Weiter wurden durch das New Public Management neue Instrumente eingeführt, die nicht als Verfügung erlassen, sondern im gegenseitigen Einvernehmen vereinbart werden⁶⁹⁵.

4.1.1 Einfluss des New Public Managements auf das Personalrecht

Die Einführung des NPM zog bedeutende Reformen des öffentlichen Personalrechts nach sich, welches vor der Einführung des neuen Verwaltungsmodells als zu starr und zu stark auf den Status ausgerichtet galt. Es verhinderte eine sorgfältige Planung und einen ökonomischen Einsatz der Personalressourcen. Bedienstete wurden zu wenig motiviert und deren Leistung und Einsatz zahlte sich zu wenig aus⁶⁹⁶. Das NPM forderte ein Personalrecht, das Flexibilität zulies und leistungsorientiert ausgerichtet war. Entsprechende Änderungen wurden vorgenommen: Der Beamtenstatus und die Wahl auf Amtszeit wurden abgeschafft und machten einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis und einem neuen Kündigungssystem Platz. Gehaltssysteme mit Leistungsanreizen, offene Pflichtenhefte bzw. Leistungsvereinbarungen und flexible Arbeitsbedingungen wurden eingeführt. Bedeutsam wurden eine unternehmerische Verantwortung auf Führungsebene und ein modernes Personalmanagement.

Teil des modernen Personalmanagements ist das Führen regelmässiger Gespräche mit Bediensteten, die systematische Personalbeurteilung sowie die gezielte Weiter- und Fortbildung der Staatsangestellten. Auch sollen zur Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs vermehrt aufbauende und zielführende Impulse wie beispielsweise Coaching und organisato-

⁶⁹³ Siehe beispielsweise Art. 6 Abs. 2 BPG.

⁶⁹⁴ MERKER, S. 470.

⁶⁹⁵ Beispielsweise Zielvereinbarungen, Entwicklungs- und Weiterbildungsmaßnahmen, etc.

⁶⁹⁶ RICHLI, Personalrecht, S. 108.

rische Massnahmen möglichst einvernehmlich mit den Betroffenen vereinbart werden. Erst wenn keine Einigung erzielt werden kann, soll eine Verfügung erlassen werden. Weiter wurde ein Anreizsystem eingeführt, welchem im Zusammenhang mit dem Disziplinarrecht besondere Bedeutung zukommt: Anreize sollen auf die Mentalität des Personals einwirken und eine neue Verwaltungskultur etablieren.

4.1.2 Anreizsysteme im New Public Management

„Leistungsanreize bestehen aus der Summe aller im Wirkungsverbund bewusst gestalteten und aufeinander abgestimmten Arbeitsbedingungen, die bestimmte Verhaltensweisen auslösen bzw. verstärken und andere, unerwünschte Verhaltensweisen mindern“.⁶⁹⁷ Konkret handelt es sich bei Anreizen um

„monetäre und nichtmonetäre „Zahlungen“ bzw. Versprechungen, mit denen das erwartete Verhalten der Adressaten nicht erzwungen, sondern z.B. durch Zuschüsse (positive A., incentives) attraktiver oder durch Abgaben (negative A., disincentives) unattraktiver gemacht wird. Die Entscheidungsfreiheit der Adressaten bleibt formell gewährleistet, sie können frei entscheiden, ob sie in Reaktion auf die gebotenen Anreize ihr Verhalten ändern wollen.“⁶⁹⁸

In der öffentlichen Verwaltung dient das Anreizsystem als Führungsinstrument zur Leistungsverbesserung; Anreize sollen die Mitarbeitenden zu gesteigertem Aufwand und besseren Leistungen motivieren⁶⁹⁹. Im Idealfall soll die persönliche Bedürfnisbefriedigung mit der Erreichung der Verwaltungsziele abgestimmt werden, indem die Diskrepanz zwischen den Zielen der Verwaltung und den individuellen Bedürfnissen abgebaut wird⁷⁰⁰. Der Zweck von Anreizen besteht somit darin, jene individuellen Verhaltensweisen von Staatsangestellten zu fördern, die dazu geeignet sind, Beiträge zur Erreichung der Verwaltungsziele zu leisten⁷⁰¹.

Als entscheidender Erfolgsfaktor des Anreizsystems gilt die personifizierte Verantwortung, die durch verschiedene Instrumente aus Beamtinnen und Beamten Mitarbeitende mit eigener Ergebnis- und Kostenverantwortung macht⁷⁰². Gleichzeitig wird mittels zeitgemässen Führungsstils, der sich nicht durch Regeln und Vorgaben auszeichnet, sondern mittels Zielver-

⁶⁹⁷ SUDJANA, S. 53.

⁶⁹⁸ SCHEDLER/PROELLER, S. 230.

⁶⁹⁹ SUDJANA, S. 44. Mit Leistung ist der persönliche Beitrag eines Staatsangestellten gemeint, den er zur Erreichung der wirksamen Aufgabenerfüllung der Verwaltung erbringt. SCHEDLER, S. 42.

⁷⁰⁰ SCHEDLER/PROELLER, S. 230.

⁷⁰¹ SCHEDLER, S. 89. Nichtsdestotrotz können Leistungsanreize unter Umständen bei denjenigen, die leer ausgehen, kontraproduktiv wirken. RICHLI, S. 104.

⁷⁰² Mögliche Instrumente sind Leistungslohn, Spontanprämien, Erfolgsbeteiligung, leistungsabhängige Weiterbildungsangebote, zusätzliche Freitage, aber auch Rückstufung, Versetzung und Entlassung. LIENHARD, S. 35.

einbarungen menschenorientiert zum Erfolg führen soll, kooperativ geführt⁷⁰³. Betrieben wird eine gezielte Personal- und Organisationsentwicklung, die durch Elemente wie Verantwortungsbereich, Handlungsspielräume, Vertrauen und Mitentscheidung gekennzeichnet ist⁷⁰⁴. Durch das NPM nicht in Frage gestellt werden die vorsorglichen Massnahmen⁷⁰⁵.

4.2 Vorsorgliche Massnahmen

Merkmal vorsorglicher Massnahmen ist das sofortige Handeln; eine Massnahme wird ergriffen, bevor ein formeller Entscheid gefällt wird. Insofern knüpfen vorsorgliche Massnahmen nicht an einen feststehenden Sachverhalt an, sondern an einen dringenden Verdacht. Die Massnahmen dienen dazu, den ordnungsgemässen Betrieb aufrecht zu erhalten, bis ein definitiver personalrechtlicher oder disziplinarischer Entscheid gefällt wird⁷⁰⁶.

Gemäss Art. 26 BPG kann der Arbeitgeber die notwendigen vorsorglichen Massnahmen treffen, wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dieser Person einstellen sowie den Lohn und weitere Leistungen kürzen oder streichen (Art. 26 Abs. 2 BPG). Die Massnahme hat aber nicht den Charakter einer Disziplinarstrafe, sondern dient dazu, die Zeitspanne zwischen Entdeckung einer Dienstpflichtverletzung und deren disziplinarischer Ahndung zu überbrücken⁷⁰⁷.

Vorsorgliche Massnahmen können nur ergriffen werden, wenn die Gefährdung des geordneten Vollzugs der Aufgaben von einer bestimmten Person ausgeht und wenn es mit den dienstlichen Interessen unvereinbar erscheint, diese Person bis zur Klärung der Vorwürfe im Amt zu belassen. Bei den dienstlichen Interessen muss es sich nicht um eigentliche fachliche Interessen handeln. Vielmehr kann auch das Vertrauen der Vorgesetzten und der Öffentlichkeit in eine rechtmässige und korrekte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gefährdet sein⁷⁰⁸. Nicht erforderlich ist, dass bereits ein pflichtwidriges Verhalten festgestellt wurde; es reicht ein hinreichender Grund, entsprechende Vorkommnisse zu vermuten⁷⁰⁹.

⁷⁰³ LIENHARD, S. 36.

⁷⁰⁴ LIENHARD, S. 36; SCHEDLER/PROELLER, S. 230 f.

⁷⁰⁵ Die Teilrevision BPG sieht allerdings eine neue gesetzliche Regelung der vorsorglichen Massnahmen vor. Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6719.

⁷⁰⁶ HÄNNI, Personalrecht, S. 93; BVGer vom 20.8.2010 A-1675/2010 E. 7.1 S. 14.

⁷⁰⁷ BGer vom 27.5.2003 2A.64/2003 E. 2.2; VPB 68.67 vom 10.11.2003 E. 4b.

⁷⁰⁸ BVGer vom 20.8.2010 A-1675/2010 E. 5 S. 5.

⁷⁰⁹ VPB 68.67 vom 10.11.2003 E. 4b.

Gemäss Art. 103 BPV ist eine korrekte Aufgabenerfüllung dann gefährdet, wenn schwere strafrechtlich oder disziplinarisch relevante Vorkommnisse festgestellt oder vermutet werden, wiederholte Unregelmässigkeiten erwiesen sind, oder ein laufendes Verfahren behindert wird. Auch ein gefährliches Verhalten am Arbeitsplatz oder die Unzumutbarkeit gegenüber Mitarbeitenden oder der Öffentlichkeit können vorsorgliche Massnahmen erfordern⁷¹⁰.

Gemäss § 29 Personalgesetz des Kantons Zürich können Angestellte von der Anstellungs- oder Aufsichtsbehörde jederzeit vorsorglich im Amt eingestellt werden, wenn genügend Hinweise auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehen, wenn wegen eines Verbrechens oder Vergehens ein Strafverfahren eingeleitet worden ist, oder wenn zwingende öffentliche Interessen oder eine Administrativuntersuchung dies erfordern. Ein sachlich zureichender Grund für eine Kündigung durch den Staat besteht, wenn mangelnde Leistungen oder unbefriedigendes Verhalten vorliegen, die Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen aufgehoben wird und eine andere, zumutbare Stelle nicht angeboten werden kann oder abgelehnt wird, oder die oder der Angestellte aus gesundheitlichen Gründen während langer Zeit wiederholt oder dauernd an der Erfüllung der Aufgabe gehindert ist (§ 16 VVP).

Erweisen sich die einmal getroffenen vorsorglichen Massnahmen als ungerechtfertigt, so wird die betroffene Person wieder in ihren Rechten eingesetzt und zurückbehaltene Beträge auf dem Lohn und auf weiteren Leistungen werden ausbezahlt (Art. 26 Abs. 3 BPG). Auch im Kanton Zürich sind Nach- und Rückzahlungen gesetzlich vorgesehen. Entschieden wird darüber spätestens mit dem Entscheid über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (§ 30 PG).

4.3 Kündigung

Während früher zwischen disziplinarischer und administrativer Entlassung unterschieden wurde, ist heute nur noch eine administrative Kündigung möglich⁷¹¹. Die Verletzung von Arbeitspflichten wurde als möglicher Kündigungsgrund in die administrative Kündigung eingebaut. Wird aufgrund der Disziplinaruntersuchung entschieden, dass dem Betroffenen bzw. der Betroffenen gekündigt werden muss, wird das administrative Kündigungsverfahren eingeleitet. Dabei kann ordentlich oder fristlos gekündigt werden.

⁷¹⁰ Botschaft BPG, BBl 1998 II 1622; vgl. HÄNNI, Personalrecht, S. 93.

⁷¹¹ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 4.2.3.

4.3.1 Ordentliche Entlassung

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen, wenn einer der in Art. 12 Abs. 6 a – f BPG abschliessend geregelten Gründe erfüllt ist:

- a. die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten;
- b. Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen;
- c. mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten;
- d. mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit;
- e. schwer wiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe, sofern der Arbeitgeber der betroffenen Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann;
- f. der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung.

Für vorliegende Arbeit relevant sind die in lit. a und b geregelten Kündigungsgründe. Obwohl das BPG im Bereich des Kündigungsrechts keine Bestimmung enthält, die sich mit dem Verschulden der Staatsangestellten auseinandersetzt, wird davon ausgegangen, dass bei einer Kündigung aufgrund einer Pflichtverletzung oder bei mangelnder Leistung ein Verschulden vorausgesetzt wird⁷¹². Unter Verschulden versteht NÖTZLI „die rechtliche Tadelnswürdigkeit eines Verhaltens, das sowohl in Handlungen als auch in Unterlassungen bestehen kann.“⁷¹³ Vorliegen müssen sowohl Vorsatz oder Fahrlässigkeit (objektive Seite), als auch die Fähigkeit der bzw. des Betroffenen, das Tadelnswerte ihres bzw. seines Verhaltens einzusehen und sich entsprechend zu verhalten (subjektive Seite).

4.3.1.1 Ausführungen zu Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG

Gemäss Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG darf Staatsangestellten gekündigt werden, wenn sie wichtige oder vertragliche Pflichten verletzen: Wer ihm obliegende Pflichten verletzt, handelt pflichtwidrig. Während in lit. a von „wichtigen gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten“ gesprochen wird, ahndet das Disziplinarrecht Verletzungen „arbeitsrechtlicher Pflichten“. Für NÖTZLI liegt kein Grund vor, aufgrund der terminologischen Abweichung zwischen Pflichten

⁷¹² NÖTZLI, Rz. 140 ff. Anderer Meinung HÄNNI, Personalrecht, S. 36: Für HÄNNI hängt die Rechtmässigkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG nicht vom Verschulden ab.

⁷¹³ NÖTZLI, Rz. 133. Dabei soll gemäss NÖTZLI, Rz. 133 ff. das Verschulden nicht nur – wie im Disziplinarrecht – auf pflichtwidriges Verhalten reduziert werden. Dies ist insbesondere bei der Beurteilung einer allfälligen Entschädigung relevant sowie bei den Kündigungsgründen c – f.

im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung und Pflichten im Zusammenhang mit der Anordnung von Disziplinar massnahmen zu unterscheiden⁷¹⁴.

Die Staatsangestellten haben im Allgemeinen sämtliche ihnen auferlegte Arbeitspflichten zu erfüllen. Dabei setzt die (schuldhafte) Pflichtverletzung als Kündigungsgrund eine gewisse Intensität der Pflichtverletzung voraus⁷¹⁵. Die erforderliche Intensität kann unter anderem erreicht werden, indem verschiedene Pflichtverletzungen, die im Einzelnen nicht die geforderte Intensität erreichen, in ihrer Gesamtheit betrachtet werden⁷¹⁶. Dies hat aber nicht zur Folge, dass ein objektiv rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten des Angestellten den Arbeitgeber in allen Fällen berechtigt, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen: Wenn dem Arbeitgeber mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben, ist von einer Kündigung abzusehen⁷¹⁷. Das Verhältnismässigkeitsprinzip zwingt den Arbeitgeber zu prüfen, ob auf das Fehlverhalten mit einer mildernden disziplinarischen Massnahme reagiert werden kann. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend muss die Kündigung ultima ratio sein (Art. 19 Abs. 1 BGP).

4.3.1.2 Ausführungen zu Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG

Gemäss Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG darf Staatsangestellten gekündigt werden, wenn Mängel in der Leistung oder im Verhalten trotz Mahnung anhalten oder sich wiederholen. Die Grenzen zwischen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (lit. a) und mangelhaften Verhaltens (lit. b) sind nicht zuletzt deshalb fließend, weil sich ein mangelhaftes Verhalten oft als Pflichtverletzung erweist⁷¹⁸. Mangelhaft ist die Leistung des Angestellten dann, „wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolges nicht genügt, der Angestellte aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt und er sich nicht als untauglich erweist. Setzt dagegen der Arbeitnehmer nicht seine volle Arbeitskraft ein oder führt er die Arbeit so schlecht aus, dass kein fehlerfreies Arbeitsergebnis möglich ist, dann liegt nicht nur eine mangelhafte Leistung vor, sondern ist eine Arbeitspflicht verletzt.“⁷¹⁹ Als mangelhaftes Verhalten, das keine Pflichtverletzung darstellt, kommen z.B. ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille

⁷¹⁴ NÖTZLI, Rz. 151 ist der Ansicht, dass es sich bei der sprachlichen Differenzierung um eine „redaktionelle Unsauberkeit des Gesetzgebers“ handelt.

⁷¹⁵ NÖTZLI, Rz. 186.

⁷¹⁶ BVGer vom 11.4.2008 A-5893/2007 E. 3.3 S. 12; BVGer vom 14.9.2009 A-1684/2009 E. 5.1 S. 15; DONATSCH, S. 6.; NÖTZLI, Rz. 186.

⁷¹⁷ BVGer vom 9.7.2010 A-7764/2009 E. 6.1.

⁷¹⁸ BGer vom 7.11.2008 1C_234/2008 E. 5.2.

⁷¹⁹ BVGer vom 11.4.2008 A-5893/2007 E. 3.3 S. 12; BVGer vom 14.9.2009 A-1684/2009 E. 5.1 S. 15; NÖTZLI Rz. 190 ff.

zur Zusammenarbeit, fehlende Dynamik oder fehlende Integration in Frage. Dabei sind Verhaltensmängel als Kündigungsgrund nur dann zulässig, wenn sie für Dritte nachvollziehbar sind, d.h. sie müssen zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erschüttern⁷²⁰. Massgebend ist sowohl das Verhalten der Betroffenen, welches Ursache für die erforderliche Mahnung war, als auch das Verhalten nach der Mahnung. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, wonach die Mängel im Verhalten trotz Mahnung angehalten oder sich wiederholt haben müssen⁷²¹.

4.3.1.3 Vorgängige Mahnung

Im Unterschied zu Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG, wonach Mängel in der Leistung oder im Verhalten nur unter der Voraussetzung, dass sie trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, einen Kündigungsgrund darstellen, erwähnt Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG das Erfordernis einer vorgängigen Mahnung nicht ausdrücklich. Aufgrund der gesetzlichen Ausgangslage wurde durch die Rechtsprechung einerseits präzisiert, dass die disziplinarische Verwarnung (der Verweis) als Mahnung anerkannt wird und andererseits, dass eine Mahnung auch bei einer Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 lit. a erforderlich ist.

Der Mahnung kommen zwei Funktionen zu: „Einerseits hält die kündigende Stelle der angestellten Person die mangelhafte Leistung, das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung vor und mahnt sie zu künftig korrektem und pflichtgemäsem Verhalten (Rügefunktion), andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion).“⁷²² Mit der Mahnung wird gegenüber dem Arbeitnehmer angeordnet, wie er sich in Zukunft zu verhalten oder was er in Bezug auf seine Leistung zu ändern hat⁷²³. Dies setzt voraus, dass mittels Mahnung konkrete Rügen erhoben werden und ein damit zusammenhängendes konkretes Verhalten der Betroffenen gefordert wird. Ebenfalls müssen die Betroffenen auf die Folgen allfälliger künftiger Mängel im Verhalten, die im Widerspruch zum Geforderten stehen, hingewiesen werden⁷²⁴.

Von der einer Kündigung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b vorausgehender Mahnung unterscheidet sich der Verweis als disziplinarische Massnahme (Art. 25 Abs. 2 BPG). Erstere ist als

⁷²⁰ BVGer vom 21.1.2010 A- 5455/2009 E. 5.3 S. 14; BVGer vom 3.5.2012 A-5670/2011 E. 4.2 S. 7; NÖTZLI, Rz. 194.

⁷²¹ BVGer vom 3.5.2012 A-5670/2011 E. 4.2 S. 8.

⁷²² BVGer vom 14.9.2009 1684/2009 E. 6.2.2 S. 26; vgl. ferner BVGer A-8518/2007 vom 18.9.2008 E. 4.2 S. 7.

⁷²³ BVGer vom 18.9.2008 A-8518/2007 E. 4.4.1 S. 9; BVGer vom 3.5.2012 A-5670/2011 E. 8.1 S. 9 f.

⁷²⁴ BVGer vom 3.5.2012 A-5670/2011 E. 8.1 S. 10.

Massnahme zum Schutze des Arbeitnehmers zu verstehen: Die Mahnung soll als Warnung dienen, um unangenehme Folgen zu verhindern. Dem Verweis als disziplinarischer Verwarnung dagegen kommt Sanktionscharakter zu; der Verweis stellt eine der Zwangsmassnahmen dar, welche die Verwaltung gegenüber ihren Angestellten vorsieht. Die Zwangsmassnahme kann erst nach einer Disziplinaruntersuchung ausgesprochen werden⁷²⁵.

Die Rechtsprechung hat den Verweis als rechtsgenügende Mahnung anerkannt, obwohl in der Lehre die Auffassung vertreten wird, dass eine disziplinarische Verwarnung im Rahmen eines Disziplinarverfahrens nicht zugleich als Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG verstanden werden kann, da disziplinarrechtliche Massnahmen die schuldhaft Verletzung einer arbeitsrechtlichen Pflicht voraussetze⁷²⁶. Das Bundesgericht führt aus:

„Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb eine im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ausgesprochene Verwarnung nicht auch eine Mahnung als Voraussetzung einer rechtswirksamen Kündigung sein kann, wenn daraus die oben umschriebene Rüge- und Warnfunktion klar hervorgeht. Andernfalls wäre der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer nach erfolglosem Disziplinarverfahren vor dem Aussprechen der Kündigung nochmals zu verwarnen, was von Sinn und Zweck der Vorschriften über das Disziplinar- und Kündigungsverfahren des Bundespersonalgesetzes nicht gedeckt wäre.“⁷²⁷

Ebenfalls deutliche Worte spricht das Bundesgericht zum Erfordernis einer vorgängigen Mahnung bei einer Kündigung aufgrund der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG). Im Gegensatz zu lit. b, wonach eine Kündigung nur vollzogen werden kann, wenn die Mängel in der Leistung oder im Verhalten trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, setzt lit. a keine schriftliche Mahnung voraus. Das Bundesgericht hält allerdings fest:

„Dem Gesagten zufolge legt es sowohl die historische, die teleologische als auch die systematische Gesetzesauslegung nahe, nicht nur bei einer Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG, sondern auch im Falle von Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG die Pflicht des Arbeitgebers zur Verwarnung des Arbeitnehmers, bevor eine Kündigung ausgesprochen werden darf, zu bejahen. Als ordentlicher Kündigungsgrund im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG gelten Verletzungen wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen.“⁷²⁸

⁷²⁵ BVGer vom 18.9.2008A-8518/2007 E. 4.3 S. 8.

⁷²⁶ BVGer vom 09.4.2008 A-6517/2007 E. 8.1 S. 14; BGer vom 2.3.2009 1C_245/2008 E. 5.4; vgl. NÖTZLI, Rz. 198.

⁷²⁷ BGer vom 2.3.2009 1C_245/2008 E. 5.4.

⁷²⁸ BGer vom 30.6.2008 1C_277/2007 E. 5.3.

Mit dem Entscheid des Bundesgerichtes verliert die Abgrenzung zwischen der Kündigung aufgrund mangelhafter Leistung bzw. mangelhaftem Verhalten und aufgrund arbeitsrechtlicher Pflichtverletzung an Bedeutung; eine ordentliche Kündigung ist in beiden Fällen ohnehin nur rechtmässig, wenn die betroffene Person vorgängig ermahnt worden ist⁷²⁹.

4.3.2 Fristlose Kündigung

Gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG gilt als Grund einer fristlosen Kündigung durch die Vertragsparteien jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partie nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, weil die ordnungsgemässe Verwaltungstätigkeit oder das Ansehen der Verwaltung erheblich beeinträchtigt würde. Als wichtige Gründe fallen vor allem schwere Vertragsverletzungen in Betracht, aber auch unverschuldete Änderungen der persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse, die sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirken⁷³⁰. Ziel einer fristlosen Kündigung ist, eine objektiv nicht mehr tragbare Situation zu beenden. Dabei muss das Fehlverhalten einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist. Andererseits muss das Fehlverhalten auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben⁷³¹. Die fristlose Kündigung muss innert angemessener Frist nach dem Eintreten eines wichtigen Grundes geltend gemacht werden. Den Betroffenen ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Beispiele für die Gründe einer fristlosen Kündigung sind: Die beharrliche Arbeitsverweigerung, unberechtigtes Fernbleiben von der Arbeit über mehrere Tage, Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers, Konkurrenzierung des Arbeitgebers, eigenmächtiger Ferienbezug oder Schlechtmachen des Arbeitgebers gegenüber Dritten⁷³².

⁷²⁹ BVGer vom 14.9.2009 A-1684/2009 E. 5.2 S. 16. Im Kanton Zürich setzt die Kündigung durch den Staat einen sachlich zureichenden Grund voraus (§ 18 Abs. 2 PG). Als sachlich zureichende Gründe werden beispielsweise genannt: Mangelnde Leistung, unbefriedigendes Verhalten, wozu auch das Missachten von Weisungen und die Störung des Arbeitsklimas gehören sowie gesundheitsbedingte länger dauernde Verhinderung an der Erfüllung der Aufgaben. Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht, räumt sie Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist ein. Von der Bewährungsfrist kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann (§ 19 PG; § 18 VVO). Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, müssen durch eine Mitarbeiterbeurteilung oder durch ein gleichwertiges Verfahren belegt werden (§ 19 Abs. 2 PG). Kantonale Verwaltung, Handbuch Personalrecht, Unterlage II.3.1, Datum 1.7.10, S. 1, http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/veroeffentlichungenpa/handbuch_personalrecht.html (zuletzt besucht am 3. Febr. 2012).

⁷³⁰ HÄNNI, Personalrecht, S. 36.

⁷³¹ BVGer vom 15.11.2010 A-4792/2010 E. 3.1 S. 7; BVGer vom 14.12.2007 A-6141/2007 E. 3.1 S. 5; BGer vom 15.5.2007 4C.57/2007 E. 3.1; NÖTZLI, Rz. 244 ff.

⁷³² BVGer vom 15.11.2010 A-4792/2010 E. 3.2 S. 7. Im Kanton Zürich kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen beidseitig ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden. Die Auflösung erfolgt schriftlich

4.3.3 Teilrevision Bundespersonalgesetz, Art. 10 E-BPG

Am 10. Dezember 2010 hat der Bundesrat die ‚Personalstrategie Bundesverwaltung 2011-2015‘ verabschiedet. Teil der Strategie ist, die Leistungsfähigkeit der Bundesverwaltung auszubauen. Ziel ist, konkurrenzfähige Arbeitsbedingungen anzubieten. Die Teilrevision BPG ist als eine der Massnahmen zur Umsetzung dieses Ziels vorgesehen⁷³³.

Gemäss dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) bietet das gegenwärtige Bundespersonalgesetz dem Bund nicht die Flexibilität, die er als moderner und attraktiver Arbeitgeber benötigt. Um die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des Bundes als Arbeitgeber zu erhalten und zu verbessern, strebt der Bundesrat mit der Revision eine Vereinfachung des Bundespersonalrechts und einen Abbau der Regelungsdichte an, indem das Bundespersonalgesetz weiter dem Obligationenrecht angepasst werden soll. Unter anderem ist Kern der Teilrevision, die Regelung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu flexibilisieren, wobei die Anpassung nicht zu einer grundlegenden Änderung der heutigen Praxis führen soll: Der Kündigungsschutz beim Bund soll weiterhin besser sein, als in der Privatwirtschaft. Dies sei unter anderem dadurch gewährleistet, indem die Verwaltung an die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien gebunden bleibe und zudem bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach wie vor eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen müsse⁷³⁴.

Während die Kündigungsgründe weiterhin im BPG aufgezählt werden (Art. 10 Abs. 3 E-BPG), sollen diese neu nicht mehr abschliessend gesetzlich verankert sein. Somit kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zukünftig „aus sachlich hinreichenden Gründen“ ordentlich kündigen. Was ausser der Aufzählung der bisher gültigen Kündigungsgründe unter „sachlich hinreichenden Gründen“ zu verstehen ist, erläutert die Botschaft nicht. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass die Praxis gezeigt habe, dass es gegenwärtig für den Bund schwierig sein könne, mit vertretbarem Aufwand eine Vertragsauflösung herbeizuführen.

Die fristlose Kündigung soll in Art. 10 Abs. 4 E-BPG verankert werden: „Die Vertragsparteien können das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos kündigen.“ Auf eine gesetzliche Präzisierung der ‚wichtigen Gründe‘ wird verzichtet.

und mit Begründung (§ 22 PG). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist. Die fristlose Auflösung ist stets zurückhaltend zu handhaben. Tendenziell rechtfertigen auch im Kanton Zürich nur Straftaten sowie besonders schwere Arbeitspflichtverletzungen eine fristlose Entlassung. Kantonale Verwaltung, Handbuch Personalrecht, Unterlage II.3.1, Datum 1.7.10, S. 1, http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/veroeffentlichungenpa/handbuch_personalrecht.html (zuletzt besucht am 3. Febr. 2012).

⁷³³ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6704 ff.

⁷³⁴ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6715 ff.

Die Teilrevision sieht nicht vor, die Mahnung als Voraussetzung zur Gültigkeit einer Kündigung gesetzlich zu regeln. Dies soll aber nichts daran ändern, dass vor einer Kündigung aus Gründen, bei denen eine vorgängige Mahnung Sinn mache, eine solche auszusprechen sei. Bevor eine Kündigung als letztmögliche Massnahme ausgesprochen werde, solle alles unternommen werden, um die Zusammenarbeit fortzusetzen. Dabei müsse den Angestellten die Gelegenheit geboten werden, sich entsprechend zu verbessern⁷³⁵. So solle in der Praxis auch zukünftig – wo sinnvoll – eine Mahnung verlangt werden; desgleichen bei einer Kündigung aus sachlichen Gründen⁷³⁶.

Die vorsorglichen Massnahmen sollen zukünftig in Art. 25 Abs. 2 b E-BPG gemeinsam mit anderen möglichen Massnahmen geregelt werden. Gemäss Art. 25 Abs. 3 E-BPG sind Massnahmen mit der angestellten Person schriftlich zu vereinbaren. Kann keine Einigung erzielt werden, wird eine Verfügung erlassen⁷³⁷.

4.4 Erkenntnisse

LANG führt unter anderem aus, das Disziplinarrecht sei aus praktischer Sicht entbehrlich, da im Rahmen des modernen Führungsinstrumentariums genügend Möglichkeiten zur Verfügung stehen würden, um Verletzungen von Dienstpflichten zu ahnden⁷³⁸. Weiter macht LANG geltend, die Beibehaltung des Disziplinarrechts gefährde insbesondere in der Zeit nach der Abschaffung der Amtsdauer die angestrebte Flexibilisierung des Personalrechts⁷³⁹.

Durch das NPM wurden neben den Disziplinar massnahmen weitere Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahmen eingeführt. Sämtliche Massnahmen sollen zukünftig mit der angestellten Person vereinbart werden⁷⁴⁰. Dadurch wird der Prozess, Massnahmen zu verhängen, ausgedehnt und vereinheitlicht.

In erster Linie stellt sich die Frage, ob beispielsweise eine finanzielle Rückstufung tatsächlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart und ob dem Arbeitnehmer effektiv ein Verhandlungsspielraum eingeräumt werden kann. Weiter dienen die Massnahmen verschie-

⁷³⁵ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6715.

⁷³⁶ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6716.

⁷³⁷ Botschaft Änderung BPG, BBl 2011 6704 f.

⁷³⁸ LANG, S. 57.

⁷³⁹ LANG, S. 56; vgl. ferner Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f.

⁷⁴⁰ E-BPG, EPA, Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung, <http://www.epa.admin.ch/themen/projekte/00493/index.html?lang=de>, Art. 25 E-BPG (zuletzt besucht am 3. Februar 2012).

denen Zwecken: Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahmen dienen dazu, Schwachstellen von Staatsangestellten auszumerzen, um deren Leistungsfähigkeit zu steigern. Eine Versetzung dagegen stellt den Aufgabenvollzug der Verwaltung sicher, indem Betroffene vom ursprünglichen Arbeitsort entfernt werden. Vermischt werden ausserdem die Voraussetzungen zum Massnahmenentscheid: Disziplinar-massnahmen werden aufgrund schuldhaften Verhaltens ausgesprochen und stützen sich auf den Grad des Verschuldens. Um diesen zu ermitteln, bedarf es einer eingehenden Untersuchung. Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahmen wiederum können auch verhängt werden, wenn kein Verschulden vorliegt, die Leistung aber mangelhaft ist. Die Wahrnehmung ungenügender Leistung obliegt dem direkten Vorgesetzten und bedarf keiner eingehenden Untersuchung und Beweisführung. Weiter muss für Betroffene in den Fällen, in denen ihre Rechte und Pflichten durch den Erlass einer Verfügung einseitig geändert werden, der Rechtsweg offen stehen. Auch kann nicht Ziel sein, dass Betroffene bei sämtlichen personalrechtlichen Entscheiden die Möglichkeit haben, mittels Rechtsmittel an eine gerichtliche Instanz zu gelangen.

Die modernen Führungsinstrumentarien, die zur Verfügung stehen, um auf ungereimtes Verhalten von Staatsangestellten zu reagieren sind zu vielschichtig, als dass ein Verfahren sämtliche Verfahrensbedürfnisse abzudecken vermag. Um Flexibilität bei ‚weichen‘ Massnahmen zu gewährleisten und Rechtssicherheit bei ‚harten‘ Massnahmen sicherzustellen ist es zweckmässiger, effektiver und effizienter, bei verschiedenen Massnahmen differenziert vorzugehen.

5 Abgrenzung zur Umsetzung ethischer Standards

5.1 Ethik im Allgemeinen

Durch die Auseinandersetzung mit ethischen Grundsätzen soll die persönliche Urteilsfähigkeit erweitert und die Handlungsorientierung verbessert werden. Sich mit Ethik zu befassen bedeutet, sich seiner Werte und deren Hierarchie bewusst zu sein. Mit den Mitteln der Vernunft wird Rechenschaft über die sittlichen Grundlagen des eigenen Urteilens und Handelns gegeben⁷⁴¹.

Die ethische und die rechtliche Ordnung begründen zwei grundlegend verschiedene Ordnungssysteme, auch wenn ihnen ihr normativer Gehalt gemeinsam ist: Beides sind Sollensordnungen, die Verpflichtungen begründen und Handlungsgebote aufstellen. Während die rechtliche Ordnung das Leben des Menschen miteinander zum Gegenstand hat, stellt die Ethik zwar auch Regeln für das Verhalten des Menschen auf, doch können ethische Gebote auf den isolierten Einzelnen ohne jede Beziehung zu Dritten angewendet werden. Dementsprechend ist der Fokus der Ethik die innere Einstellung, die Gesinnung eines Einzelnen, die zu einem gewissen wünschenswerten Verhalten führen soll. Dabei ist möglich, dass ethische Normen auch von aussen gesetzt werden; nicht immer entspringen sie einer autonomen Ordnung, die der Einzelne sich selbst zugesteht⁷⁴².

5.2 Ethik in der Verwaltung

Unter Verwaltungsethik versteht man die ethischen Grundsätze und Werte, die von der Verwaltung für die Staatsangestellten festgelegt werden. Um diese in Form von Normen und Regeln zu definieren und implementieren, müssen bestimmte kulturelle Rahmenbedingungen erfüllt sein. Erst dann ist es möglich, eine Verwaltungskultur zu etablieren, die sich auf festgelegte tiefer liegende Grundprämissen vorhandener Werte und Ausprägungen stützt.

5.2.1 Kulturelle Rahmenbedingungen

Noch im Jahre 1993 war die Verwaltungsethik in der Schweiz kein Thema⁷⁴³. SOLINSKI nennt dafür zwei Gründe: Erstens sei das schweizerische Recht derart ausgestaltet und durch Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften und Weisungen ergänzt, dass sich öffentliche

⁷⁴¹ GEISEN RICHARD, Grundwissen Ethik, Stuttgart 2005, S. 9.

⁷⁴² FORSTMOSER PETER, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Bern 2003, S. 222 ff.

⁷⁴³ SOLINSKI, S. 41.

Bedienstete darauf berufen könnten, dass erlaubt sei, was nicht verboten ist. Zweitens sei unbekannt oder werde übersehen, dass die Lücken zwischen den Gesetzen und Vorschriften mit allgemeinverbindlichen ethikgestützten Verhaltensnormen ausgefüllt würden. Dabei werde der ideelle Wert der Arbeit im Staatsdienst demjenigen der Privatwirtschaft gleichgesetzt: vergessen ginge jedoch, dass Staatsangestellte das öffentliche Vertrauen der Bevölkerung in Anspruch nähmen und dass das Geld der Bürger auf dem Spiel stehe⁷⁴⁴. SOLINSKI schliesst, dass die Verwaltungsethik noch zu wenig attraktiv sei, um breites Interesse zu wecken, da davon ausgegangen werde, die Ethik betreffe ‚nur‘ die zwischenmenschliche Beziehung und das Einzelverhältnis zwischen dem Bürger zu einem den Staat vertretenden öffentlichen Bediensteten⁷⁴⁵.

Inzwischen haben sich die kulturellen Rahmenbedingungen gewandelt. Sowohl die Entwicklungen in Staat und Gesellschaft als auch die neue Stellung der Staatsangestellten in der Verwaltung unterstützen die Verbreitung ethischer Standards. Gegenwärtig führen zahlreiche Umstände und Entwicklungen in Verwaltung und Gesellschaft dazu, Unregelmässigkeiten zu begünstigen, die zu Arbeitspflichtverletzungen von Staatsangestellten führen können. Beispiele sind „der Wertewandel in der westlichen Gesellschaft und seine Begleiterscheinungen, wie etwa das Verblässen von Pflichtwerten, eine schwächere Bindung an den Arbeitgeber oder das Vorbringen individueller Nützlichkeitsabwägungen in Handlungssphären, die früher von gesellschaftlichen Normen reguliert waren“⁷⁴⁶. Aber auch mangelnde Ressourcen, unklare Verantwortlichkeiten, komplexe Hierarchien und fehlende Kontrollmechanismen begünstigen Pflichtverletzungen aller Art⁷⁴⁷. Zusätzlich zur Entwicklung in Staat und Gesellschaft kommt den Staatsangestellten heute mehr Eigenständigkeit und Selbstverantwortung zu, da sie durch das NPM aus der primären Bindung an die Rechtsordnung und an die hierarchische Befehlsgewalt Vorgesetzter gelöst wurden. „Der Beamte ist nicht mehr nur Diener des Gesetzes, unpersönlicher Funktionär eines Systems, das ihn steuert, sondern freier Akteur mit eigenem Wirkungsbereich.“⁷⁴⁸

Derweil wurde erkannt, dass die Ethik nicht ‚nur‘ zwischenmenschliche Beziehungen definiert, sondern auch als Präventionsinstrument gegen die Begehung von Amtsdelikten und Arbeitspflichtverletzungen dient, indem Staatsangestellten ethische Handlungsanweisungen vermit-

⁷⁴⁴ SOLINSKI, S. 42.

⁷⁴⁵ SOLINSKI, S. 58.

⁷⁴⁶ Ethik, BBl 2000 I 35.

⁷⁴⁷ Ethik, BBl 2000 I 35.

⁷⁴⁸ MASTRONARDI/SCHEDLER, S. 51; vgl. ferner SCHEDLER/PROELLER, S. 255 ff.

telt werden, die sich auf eine positive Werterhaltung stützen⁷⁴⁹. Die neu erworbene Verhaltensfreiheit der Staatsangestellten soll in einer modernen Verwaltung im Kontext gesellschaftlicher Entwicklung durch die der Verwaltungskultur zugrunde liegenden Werte und Ausprägungen in „die richtige Richtung“ gelenkt werden: Die Verwaltungskultur soll die Persönlichkeit, zumindest die Berufspersönlichkeit, der Verwaltungsangehörigen prägen⁷⁵⁰. Somit dient die Ethik im öffentlichen Dienst einerseits als Orientierungshilfe für das Verwaltungshandeln in erweiterten Handlungs- und Ermessensspielräumen und andererseits als Präventionsinstrument gegen Arbeitspflichtverletzungen und Amtsdelikte⁷⁵¹.

5.2.2 Verwaltungskultur

Mit ‚Verwaltungskultur‘ ist die Gesamtheit des Gelebten innerhalb der Verwaltung gemeint, welches durch Informelles, Tatsächliches und Erlebtes im Umgang der Mitarbeitenden miteinander und mit ihren Ansprechpartnern ausserhalb der Verwaltung geprägt ist⁷⁵². LIENHARD definiert Kultur als „informelle Prozesse und Organisationen, die aufgrund der tiefer liegenden Grundprämissen vorhandene Werte und Ausprägungen dieser Werterhaltungen abbilden.“⁷⁵³ Die Organisationskultur entspricht dem gemeinsamen Wertmuster aller Führungskräfte und Mitarbeitenden sowie den daraus resultierenden Zielen und Handlungen einer öffentlichen Institution⁷⁵⁴.

Soll die Verwaltung umfassend reformiert werden, muss neben organisatorischen Veränderungen auch eine neue Verwaltungskultur etabliert werden; weder der Wandel kultureller Rahmenbedingungen, noch strukturelle Änderungen, neue Strategien und die Förderung neuen Potentials Mitarbeitender reichen alleine aus, um zu einer echten Veränderung in einer öffentlichen Institution zu führen. Von einem Kulturwandel im öffentlichen Sektor kann erst gesprochen werden, wenn sich die Gesamtheit von Werten, Einstellungen und Verhaltensweisen unter dem Einfluss der neuen Verwaltungsführung verändern. Dabei müssen zuerst die ethischen Werte und Grundprämissen festgelegt werden, die die Grundlage einer Verwaltungskultur konstituieren.

⁷⁴⁹ Ethik, BBI 2000 I 30.

⁷⁵⁰ MASTRONARDI/SCHEDLER, S. 50.

⁷⁵¹ Ethik, BBI 2000 I 30.

⁷⁵² SCHEDLER/PROELLER, S. 255 ff.

⁷⁵³ Vgl. LIENHARD, S. 49.

⁷⁵⁴ RITZ ADRIAN, Evaluation von New Public Management, Bern 2003. BEHR definiert beispielsweise die Polizeikultur wie folgt: „Polizeikultur ist ein Bündel von Wertbezügen, die als transzendentaler Rahmen das Alltags-handeln von Polizeibeamten ermöglichen, begrenzen und anleiten. Wertbezüge geben darüber Auskunft, in welchen Situationen welche Werte und Tugenden in welchem Ausmass Geltung erlangen (z.B. Selbstdisziplin, Tapferkeit, Loyalität, Zivilcourage) und auch darüber, wann und in welchem Ausmass Gewalt angewendet werden muss, soll oder darf. BEHR RAFAEL, Polizeikultur, Wiesbaden 2006, S. 48.

5.2.3 Verwaltungsethik

Besteht in einer Institution ein grosser Handlungs- und Entscheidungsspielraum, kann der Spielraum durch ein tieferliegendes System von Grundprämissen ausgefüllt werden, welches das Handeln anleiten soll⁷⁵⁵. Dazu müssen Werte festgelegt und ethische Grundsätze und Regeln aufgestellt werden. Die Ethik im öffentlichen Dienst bezieht sich auf Prinzipien und Standards richtigen Verhaltens; es handelt sich um professionelle Spielregeln mit Verpflichtungscharakter. Bestimmt wird das ethische Verwaltungshandeln durch zwei unterschiedliche Grundhaltungen: der Pflichtenethik oder Deontologie⁷⁵⁶, bei der im Vordergrund politisch und rechtlich korrektes Verhalten steht und dem Utilitarismus⁷⁵⁷, dessen Fokus die Nützlichkeit des Handelns ist. Das NPM soll zwischen Pflichtethik und Utilitarismus vermitteln⁷⁵⁸. Daraus abgeleitet werden die im öffentlichen Dienst häufig zitierte Grundwerte wie beispielsweise Unvoreingenommenheit, Gesetzmässigkeit, Integrität, Effizienz, Transparenz, Verantwortung, Gleichheit und Gerechtigkeit⁷⁵⁹. Die Werte können Bestandteil einer unausgesprochenen Amtskultur sein, oder den Charakter von verbindlichen Richtlinien und rechtlicher Satzung aufweisen⁷⁶⁰. Wie bei Verstössen gegen die Regeln und Vorschriften gehandelt wird, ist ein verwaltungspolitischer Entscheid.

Um potentiellen Unregelmässigkeiten entgegen zu wirken, müssen ethische Standards umgesetzt und von Staatsangestellten verinnerlicht werden. Der Prozess kann durch verschiedene strukturelle Instrumente der Ethik gefördert werden, die im öffentlichen Dienst zur Verfügung stehen. Nebst rechtsetzenden Vorgaben, besonderen Ethikfachstellen sowie spezifischen Kontroll- und Führungsmassnahmen können auch Ethik-Leitlinien (Verhaltenskodices) einen wertvollen Beitrag leisten, eine Verwaltungsethik zu implementieren⁷⁶¹. Damit aber die Verwaltungsethik im Staat wirksam wird, bedarf es gemäss SOLINSKI einer Reihe objektiver Voraussetzungen: „der Bereitschaft, überhaupt etwas zu unternehmen, der Einführung eines

⁷⁵⁵ SCHEDLER/PROELLER, S. 24.

⁷⁵⁶ Die Deontologie (auch Gesinnungsethik genannt) orientiert sich an Prinzipien, denen man sich verpflichtet (beispielsweise die Menschenrechte, die Zehn Gebote, die Verfassung etc.). Die Folgen werden nicht beachtet. Hervorgehoben wird der gute Wille als Kernelement, der in einem Handeln aus Pflicht besteht (griechisch: to deon = das der Pflicht entsprechende; das, was sich ziemt).

⁷⁵⁷ Der Utilitarismus (auch konsequenzialistische Ethik genannt) orientiert sich an den Folgen, die moralische Überzeugungen und Handlungen für die Mehrheit der von ihr Betroffenen haben. Die Richtigkeit von Handlung wird daran gemessen, wie gut bzw. nützlich deren Folgen waren (lateinisch utilis = nützlich).

⁷⁵⁸ LIENHARD, S. 50; SCHEDLER/PROELLER, S. 24.

⁷⁵⁹ SOLINSKI, S. 60 nennt als Leitbegriffe der sogenannten Verwaltungsethik: Selbstloser Dienst an der Allgemeinheit, Verantwortung, die über verwaltungswirtschaftliche und politische Anliegen hinausgeht, sowie die Achtung der Würde jener Bürger, die mit öffentlichen Stellen verkehren.

⁷⁶⁰ So regelt z.B. die Verordnung vom 9. Februar 1999 zum Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft (700.11) im Anhang die Unternehmensphilosophie. Dabei wird unter anderem verhältnismässiges und ethisches Handeln geregelt.

⁷⁶¹ LIENHARD, S. 50.

Ethik-Kodexes, einer zweckentsprechenden Ethik-Vermittlung, der Einsetzung einer ehrenamtlich tätigen Ethik-Kommission oder eines Ethik-Ombudsmanns sowie einer sinnvollen Öffentlichkeitsarbeit, um das Publikumsinteresse zu wecken.“⁷⁶² Ferner ist bei der Implementierung ethischer Grundsätze wesentlich, dass Massnahmen auf den Gebieten der Kontrolle, der Orientierung und der Führung kombiniert und aufeinander abgestimmt werden:

- „Kontrolle wird gewährleistet durch einen klaren juristischen Rahmen mit Ermittlungs- und Sanktionsmechanismen für den Fall von Regelverletzungen; durch klare Verantwortlichkeitsregeln und mittels öffentlicher Aufsicht über die Verwaltung;
- Orientierung ist gegeben durch die Definition von Normen und Werten des öffentlichen Dienstes in ethischen Verhaltenskodexen; diese sollen durch politisches Engagement bekräftigt, in Schulungen verinnerlicht und im Vorgesetztenverhalten vorgelebt werden;
- Führung ist gegeben durch gute Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst und durch Ethikfachstellen, welche die Umsetzung der genannten Elemente überwachen und untereinander koordinieren.“⁷⁶³

5.3 Erkenntnisse

Das Vermitteln und Befolgen ethischer Grundsätze könnte durchaus dazu dienen, das mit der Disziplinierung angestrebte Ziel zu fördern, um durch eine innere positive Grundhaltung dem Staat gegenüber ein einwandfreies Verhalten der Staatsangestellten herbeizuführen. Das Bewusstsein ethischer Grundsätze in der Verwaltung wurde durch den Bericht der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zum Thema Ethik im öffentlichen Dienst⁷⁶⁴ zumindest initiiert. Obwohl die OECD-Mitgliedstaaten der Meinung sind, alle Regierungen würden über ein allgemeines Rahmenwerk für Disziplinarverfahren verfügen, das bei Verstössen gegen die Regeln und Vorschriften des öffentlichen Dienstes für rasche und gerechte Abhilfe schafft und den betroffenen Beamten einen fairen Prozess gewährleistet⁷⁶⁵, liegen doch keine Hinweise vor, die darauf schliessen liessen, dass die Verwaltungsethik in der Schweiz unter Berücksichtigung der obgenannten Kriterien in der Praxis umgesetzt wird. Solange die nötigen Massnahmen zur Umsetzung der Verwaltungsethik auf den Gebieten der Kontrolle, der Ori-

⁷⁶² SOLINSKI, S. 60.

⁷⁶³ Ethik, BBl 2000 I 37.

⁷⁶⁴ Ethik, BBl 2000 I 29 ff.

⁷⁶⁵ Gemäss der OECD setzen die Mitgliedstaaten ähnlich Disziplinar-massnahmen ein, die von Verweisen und Rügen über Geldstrafen bis hin zu vorübergehender Freistellung oder endgültiger Kündigung reichen. OECD, Zusammenfassung der OECD über die öffentliche Verwaltung, PUMA-Synthese Nr. 7, Die Förderung der Ethik im öffentlichen Dienst – Massnahmen in den OECD-Mitgliedstaaten, September 2000; <http://www.oecd.org/dataoecd/60/29/1899729.pdf> (zuletzt besucht am 3. Februar 2012).

entierung und der Führung nicht verwirklicht werden, vermag die Verwaltungsethik isoliert von ergänzenden Massnahmen kaum einen bedeutenden Beitrag dazu zu leisten, die (berufliche) Persönlichkeit der Staatsangestellten dahingehend zu prägen, davon abzusehen, Arbeitspflichtverletzungen zu begehen.

Die Abgrenzung zwischen den Verfahren ist komplex, im ständigen Wandel und teils nicht rechtlich abschliessend geregelt. Ein schematischer Überblick soll das Wichtigste visuell darstellen:

Unter-suchung		Rechts-grundlage	Anordnende Stelle	Unter-suchungs-organ	Abschluss	Rechts-schutz
Administrativ-untersuchung	Bund	Art. 27a – j RVOV VwVG	Departementsvor-steherIn / BundeskanzlerIn; Delegation an ihnen unterstellte Verwal-tungsein-heiten möglich	Interne oder externe Leitung	Bericht ev. mit Anträgen	keiner
	Kt. ZH	§ 29 Abs. 1 PG § 135 Abs. 3 VVO VRG	Hierarchisch über-geordnete Stelle	Interne oder extern Leitung	Bericht oder Verfügung	Keiner Rekurs
Disziplinar-verfahren	Bund	Art. 25 BPG; Art. 98 – 103 BPV VwVG	Departementsvor-steherIn	Interne oder externe Leitung	Verfügung	Interne Beschwerde
	Kt. ZH	§ 30 PG	--	--	--	--
Straf-verfahren	Bund					
	Kt. ZH	StGB, StPO, Nebenstrafge-setzgebung	Anzeige durch jede Person möglich	Untersuchungs-behörde	Einstellung, Nichtanhand-nahme, Urteil	div. Rechts-mittel mög-lich
PUK	Bund	Art. 163 – 171 ParlG	Bundesver-sammlung	PUK	Bericht	keiner
	Kt. ZH	§ 34 f – n KRG	Kantonsrat	PUK	Bericht	keiner
Personal-rechtliches Verwaltungs-verfahren	Bund	BPG VwVG	Amtsleitung/ Personalverantw.	Interne Leitung	Verfügung	div. / VwVG
	Kt. ZH	PG VRG	Amtsleitung/ Personalverantw	Interne Leitung	Verfügung	div. / VRG
Formlose Untersuchung	Bund	Führungsaufgabe	Hierarchisch über-geordnete Stelle	Interne Leitung	Formlos oder Bericht	Keiner
	Kt. ZH	Führungsaufgabe	Hierarchisch über-geordnete Stelle	Interne Leitung	Formlos oder Bericht	Keiner

Abb. 4 Überblick der Abgrenzung verschiedener Verfahren

TEIL II:

NEUREGELUNG

DES VERFAHRENS WEGEN ARBEITSPFLICHTVERLETZUNGEN

5. Kapitel: Regelungsbedarf

„Im Übrigen erhält sich das System selbst. Durch Selektion und Disziplinierung des Juristennachwuchses. Die Justiz ist hierarchisch durchstrukturiert. Die Disziplin führt zu Selbstkontrolle und Verinnerlichung der Grundsätze, auf denen unser Rechtssystem aufgebaut ist. Es sind dies: Anpassung, Routine, Zwang. Das Recht domestiziert jede Abnormalität, gleich welchen Ursprungs, und erzwingt Gefolgschaft durch Gewöhnung, Disziplin und Strafe. Auf diesen Pfeilern ruhen im Grunde alle Bürokratien und Hierarchien.“

PETER ZIHLMANN⁷⁶⁶

1 Ergebnisse der Untersuchung

Unbestritten ist, dass nach wie vor ein öffentliches Interesse an der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen, an der Wirksamkeit staatlicher Aufgabenwahrnehmung sowie an der Glaubwürdigkeit der Verwaltung besteht. Da es das Staatspersonal ist, das die öffentlichen Aufgaben erfüllt und ein Teil des im öffentlichen Interesse tätigen Staates darstellt, kann die Funktionsfähigkeit der Institution gefährdet werden, wenn Staatsangestellte die staatlichen Aufträge mangelhaft erfüllen und sich Fehlverhalten⁷⁶⁷.

Um die einwandfreie Amtsführung sicherzustellen und staatliche Macht einer rationalen Kontrolle zu unterstellen, muss eine Rechenschaftspflicht individueller Machttträger Beteiligten gegenüber festgelegt werden. Verantwortung muss bestimmt und zugewiesen werden, damit Verantwortlichkeit im Sinne einer Haftung für die Verletzung der Verantwortung wahrgenommen werden kann⁷⁶⁸.

Die Staatsleitung trägt die politische Verantwortung für die Führung der Verwaltung. Ihr kommt die verfassungsrechtliche Pflicht zu, die Verwaltung zu beaufsichtigen. Folglich trägt die Staatsleitung auch die politische Verantwortung für das individuelle Fehlverhalten von Staatsangestellten, sofern sich die Vorkommnisse und Mängel auf das eigene Handeln der Staatsleitung zurechnen lassen, das Fehlverhalten gebilligt oder durch mangelnde Leitung und Aufsicht ermöglicht wurde⁷⁶⁹. Um die politische Verantwortung wahrzunehmen, muss die

⁷⁶⁶ ZIHLMANN PETER, Der Richter und das Mädchen, Bern 2011, S. 25 f.

⁷⁶⁷ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.3.2.

⁷⁶⁸ Vgl. dazu Kap. 1 Ziff. 1.2.

⁷⁶⁹ Insbesondere dann, wenn in einem System Fehler passieren, ist zwischen einer individuellen und einer politischen Verantwortung zu unterscheiden. Die individuelle Verantwortung zeichnet sich durch folgende Bedingungen aus: „die Fähigkeit, Gründe abzuwägen und auf den konkreten Fall anzuwenden (Urteilkraft)

Staatsleitung gegenüber der Verwaltung mit Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen, die mit entsprechenden Entscheidungs- und Weisungsrechten einhergehen, ausgestattet werden.

Gegenstand des Aufsichts- und Kontrollsystems ist die rechtliche Verantwortlichkeit der Staatsangestellten. Diese müssen persönlich für die Folgen ihres rechtlichen Fehlverhaltens eintreten; sie sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Es wurden drei Kategorien der Verantwortlichkeit geschaffen, die sich auf verschiedene gesetzliche Grundlagen stützen und unterschiedliche Ziele verfolgen: die strafrechtliche, die vermögensrechtliche und die disziplinarische Verantwortlichkeit. Letztere dient dazu, sicherzustellen, dass Staatsangestellte interne Vorschriften (Verordnungen, Weisungen, Dienstbefehle etc.), die nicht einer richterlichen Kontrolle unterstehen, einhalten, da bei einem nicht vorschrifts- und/oder pflichtkonformen Verhalten die innere Ordnung und Stabilität der Institution gefährdet ist. Während die strafrechtliche und die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, ist die disziplinarische Verantwortlichkeit nur lückenhaft verankert.

und dem Ergebnis der Empfehlungen entsprechend zu handeln (Willenskraft), aber auch die Fähigkeit, kohärent zu handeln und zu leben (Ich-Stärke).“ NIDA-RÜMELIN JULIAN, Verantwortung, Stuttgart 2011. Dem gegenüber steht die politische Verantwortlichkeit dafür, dass die demokratische Ordnung Verantwortung zuschreiben muss, um öffentliche Kontrolle zu ermöglichen. In solchen Fällen übernimmt beispielsweise ein Regierungsmitglied die politische Verantwortung für eine Entscheidung, obwohl man ihm bzw. ihr zubilligen muss, dass er bzw. sie angesichts von dutzenden von Fällen die Einzelfallkontrolle gar nicht leisten kann.

2 Begriffswandel der ‚Disziplin‘

Um Arbeitspflichtverletzungen zu verhindern, soll durch den Sozialisierungsprozess und die entsprechenden Regelungsinstrumente das Verhalten der Staatsangestellten dahingehend beeinflusst werden, dass sie die positiven Verhaltensmuster der Institution annehmen und diese internalisieren. Die Verinnerlichung institutioneller Werte und positiver Verhaltensformen sollen die Leistungsbereitschaft, die Motivation und die Erwartungen der Staatsangestellten prägen und ihre Rolle definieren. Ziel des Prozesses ist, die Staatsangestellten in die Institution zu integrieren und deren Verhaltensnormen positiv zu beeinflussen, damit sie sich freiwillig an die Arbeits- und Verhaltenspflichten halten. Tun sie es nicht, ist die institutionelle Ordnung gestört und die staatliche Aufgabenerfüllung gefährdet⁷⁷⁰.

Eine besondere Funktion im Sozialisierungsprozess kommt der Treuepflicht zu. Als Generalklausel konzipiert, stellt sie eine gesetzlich geregelte allgemeine Arbeitspflicht dar, die zwar nicht eine Gesinnung zum Gegenstand hat, doch die Wahrung der staatlichen Interessen verlangt und ein Handeln fordert, das in engem Zusammenhang mit der positiven Einstellung zum staatlichen Auftrag steht⁷⁷¹. Während nicht mehr von ‚Disziplin‘ als einem Zustand der Unterordnung und des blinden Gehorsams gesprochen werden kann, so steht doch das öffentliche Interesse an einer institutionellen staatlichen Ordnung im Vordergrund und die pflichtbewusste Auftragserfüllung der Verwaltung an erster Stelle.

Die moderne Zweckorientierung der ‚Disziplin‘ wird erreicht, indem die Forderung nach diszipliniertem Verhalten mit Eigenverantwortung, Selbständigkeit und Initiative zusammengeführt wird. Eine entsprechende Definition der ‚Disziplin‘ ist beispielsweise im Dienstreglement der Schweizerischen Armee⁷⁷² zu finden:

13 Disziplin

1 Das Erreichen der gesetzten Ziele setzt bei allen Angehörigen eines militärischen Verbandes diszipliniertes Verhalten voraus. Disziplin heisst: Der einzelne stellt seine persönlichen Interessen und Wünsche zugunsten des Ganzen zurück und gibt im Sinne des Auftrags sein Bestes.

2 Disziplin hat dann die grösste Wirkung, wenn sie mit Initiative und Selbständigkeit verbunden ist.

Die Verwaltung ist nicht mit dem Militär gleichzusetzen. Trotzdem veranschaulicht das Beispiel den Begriffswandel der ‚Disziplin‘ und die Verlagerung des Schwerpunktes vom ‚blinden

⁷⁷⁰ Vgl. dazu Kap. 1 Ziff. 3.2.1. und Ziff. 3.2.2.

⁷⁷¹ Vgl. dazu Kap. 2 Ziff. 2.

⁷⁷² Dienstreglement der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DR 04), SR 510.107.0.

Gehorsam` zur ‚Auftragserfüllung`, was gleichermassen für die Verwaltung gilt. Die im Interesse des Arbeitgebers und des öffentlichen Interesses stehende Auftragserfüllung steht, vor den Interessen und Wünschen der einzelnen Staatsangestellten, an erster Stelle.

Folglich signalisiert ‚Disziplinierung` heute nicht mehr Unterdrückung, Abhängigkeit und Bestrafung, sondern ist Bestandteil beruflicher Sozialisierung, die beschreibt, wie „der Mensch zum funktionierenden Rädchen in der bürokratischen Organisation wird.“⁷⁷³ Ausgegangen wird vom zentralen Wesensmerkmal bürokratischer Organisationen: der Zielgerichtetheit. Der Sozialisierungsprozess besteht darin, dass sich die Staatsangestellten den Zielen der Organisation unterordnen. Intention ist, dass sich die Interessen der Organisation mit denjenigen der Mitarbeitenden decken⁷⁷⁴. Daraus lässt sich eine neue Definition bürokratischer Disziplin ableiten, die ein verlässliches Funktionieren einer Organisation zum Inhalt hat. Disziplin wird beschrieben als „prompte, automatische Ausführung der von einem Vorgesetzten im Rahmen seiner Amtskompetenzen erteilten Befehle und die beständige ‚innere` Ausführungsbereitschaft.“⁷⁷⁵

⁷⁷³ DERLIEN/BÖHME/HEINDL, S. 153. Die Merkmale bürokratischer Organisation spiegeln sich wie folgt in den Verhaltensweisen von Bürokraten wieder: Klare Kompetenzabgrenzung und arbeitsteilige Strukturierung, Regelsystem, Schriftverkehr, Unpersönlichkeit, Hierarchie, Professionalismus, Laufbahnregelung. DERLIEN/BÖHME/HEINDL, S. 162.

⁷⁷⁴ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.1.2.

⁷⁷⁵ DERLIEN/BÖHME/HEINDL, S. 152.

3 Instrumente zur Aufrechterhaltung institutioneller Ordnung

In der Weisung zum Entwurf des Personalgesetzes⁷⁷⁶ begründet der Regierungsrat des Kantons Zürichs die Abschaffung des Disziplinarrechts unter anderem damit, dass das Vertrauen in den ordnungsgemässen Gang der Verwaltung nicht durch die Möglichkeit der Disziplinierung erworben wird, sondern durch einen zielbewussten Aufbau der Motivation am Dienst für das Gemeinwesen. Diesem Aspekt wurde durch die Einführung des NPM Rechnung getragen: Zahlreiche Instrumente wie Anreize, Weiterbildungen, Unterstützungsmassnahmen etc. wurden eingeführt, um unter anderem die Motivation der Staatsangestellten zu fördern und eine neue Verwaltungskultur der Leistungsbereitschaft, der Verantwortung und des Vertrauens zu etablieren⁷⁷⁷.

Doch während die Personalführung mit den ihr zur Verfügung stehenden Instrumenten eine wesentliche Voraussetzung einer leistungsfähigen Verwaltung ist, greifen moderne Führungsgrundsätze nicht immer, um den Aufgabenvollzug der Verwaltung sicherzustellen. Die kritische Auseinandersetzung mit Mitarbeitenden und die Anwendung personalrechtlicher Massnahmen wie Zielvereinbarungen, Weiterbildungsmassnahmen, Motivationsgespräche etc. erspart nicht, „im Einzelfall auch zu anderen Mitteln zu greifen, notfalls zurechtzuweisen, hart zu korrigieren oder sogar das Beschäftigungsverhältnis zu beenden.“⁷⁷⁸ So unterstützen einvernehmliche, aufbauende und zielführende Impulse wie Coaching, Weiterbildung und organisatorische Massnahmen den geordneten Gang der Verwaltungsführung, doch ist die institutionelle Ordnung nur gewährleistet, wenn auf abweichendes Verhalten in der Verwaltung einheitlich, adäquat und konsequent reagiert wird. Während der Führung und Überzeugung sowie den Unterstützungs- und Förderungsmassnahmen ein hoher Stellenwert zukommt, muss doch am Ende zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Pflichten ein Instrument zur Verfügung stehen, das mittels verwaltungsrechtlichem Zwang Ordnung zu erzielen vermag. Während früher durch die Disziplinierung Zucht und Ordnung erzwungen wurde, bedarf es heute verschiedener, aufeinander abgestimmter und sich ergänzender Regelungsinstrumente, um eine innere institutionelle Ordnung herzustellen und aufrecht zu erhalten.

⁷⁷⁶ Abl. ZH 1996, Weisung, S. 1157 f.

⁷⁷⁷ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.1.1.

⁷⁷⁸ CLAUSSEN/BENNEKE/SCHWANDT, S. 1.

3.1 Vernetztes Regelungssystem

Um die Wirksamkeit staatlicher Aufgabenwahrnehmung zu garantieren und die Glaubwürdigkeit der Verwaltung aufrecht zu erhalten, braucht es ein Regelungssystem, das sich dem sozialen, gesellschaftlichen, politischen und institutionellen Wandel anpasst. Lange Zeit waren die Aufgaben der Verwaltung überschaubar, die Hierarchien übersichtlich, die Führung autoritär, der Handlungsspielraum der Staatsangestellten eingeschränkt und die Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beträchtlich. Ungehorsame Staatsangestellte zu disziplinieren, war Teil des Systems. Heute nimmt die Leistungsverwaltung eine vielschichtige Aufgabe wahr, institutionelle Strukturen sind komplex und ein kooperativer Führungsstil verlangt von Staatsangestellten Eigenständigkeit, Initiative und Selbstverantwortung, während gleichzeitig die Pflichtwerte verblassen. Disziplinierung im ursprünglichen Sinn ist in einer modernen Verwaltung systemwidrig. Vielmehr muss ein mehrstufiges Regelungssystem über eine Organisationsstruktur verfügen und Prozesse bereitstellen, die Arbeitspflichtverletzungen entgegenwirken und wenn begangen, diese ahnden. Zudem müssen Staatsangestellte auf verschiedenen Ebenen in die Institution integriert werden, wobei sie aktiv in den Integrationsprozess einzubinden sind. Die Strukturen eines solchen Regelungssystems sind heute bereits teilweise wirksam.

Wenn von Staatsangestellten im Kontext des gesellschaftlichen, politischen und institutionellen Wandels verlangt wird, pflichtgemäss zu handeln sowie positive Verhaltensmuster der Institution anzunehmen und institutionelle Werte zu verinnerlichen, muss primär dargelegt werden, was erwartet und verlangt wird. Arbeitspflichten und Richtlinien müssen festgelegt und Normen und Werte des öffentlichen Dienstes müssen definiert, kommuniziert, gelehrt und vorgelebt werden. Gleichzeitig bedarf es eines Kontrollsystems in einem juristischen Rahmen, der Mechanismen bereitstellt, um bei Regelverstößen und Verletzung der Verantwortlichkeit adäquat reagieren zu können.

Grundlage des vernetzten Regelungssystems bildet die dreiteilige (strafrechtliche, vermögensrechtliche und disziplinarische) Verantwortlichkeit. Staatsangestellte wissen, dass sie für die Folgen des eigenen rechtlichen Fehlverhaltens persönlich einstehen müssen; wer verantwortlich ist, haftet für die Verletzung einer klar definierten Verantwortung. Unerlässlich ist, rechtliche Verfahren bereitzustellen, damit bei einem Pflichtverstoss einheitlich und adäquat vorgegangen werden kann. Bleiben Konsequenzen nach pflichtwidrigem Verhalten aus, wird das System ausgehöhlt.

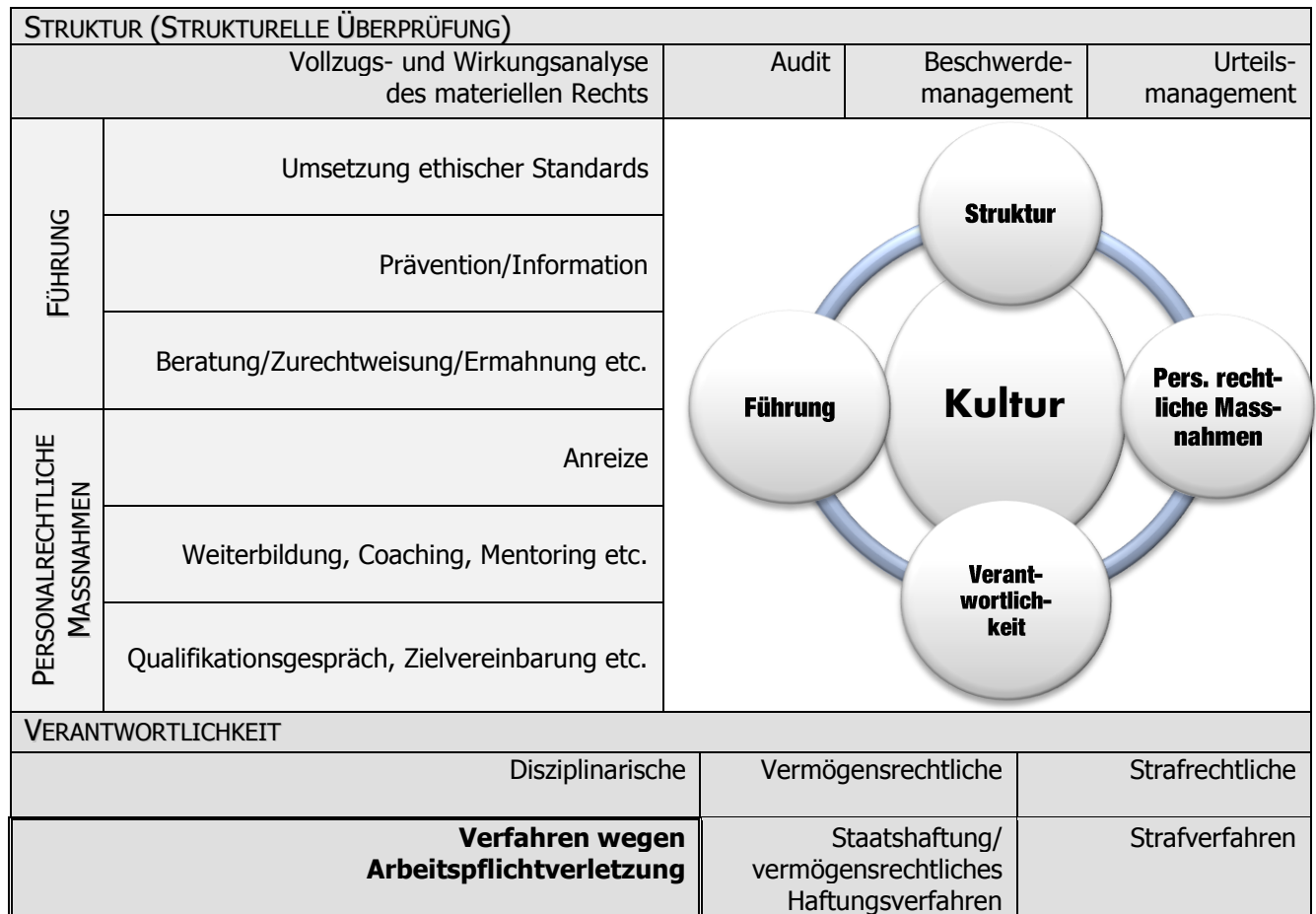


Abb. 5 Vernetztes Regelungssystem zur Aufrechterhaltung institutioneller Ordnung

Gestützt wird die Verantwortlichkeit durch die strukturelle Ausgestaltung der Organisation und der Prozesse, die darauf ausgerichtet sind, die definierte Verwaltungskultur umzusetzen, um das Risiko von Arbeitspflichtverletzungen zu minimieren. Dabei ist die institutionelle Wirklichkeit periodisch und systematisch durch Vollzugs- und Wirkungsanalysen des materiellen Rechts und Audits zu überprüfen, um die Organisation und die Prozesse beständig zu optimieren. Ein Beschwerde- und Urteilsmanagement soll zusätzlich auf innerbetriebliche Schwachstellen hinweisen, die durch strukturelle Anpassungen beseitigt werden.

Neben einer klar zugewiesenen Verantwortung und einer gezielten Organisationsentwicklung soll in der Verwaltung mittels kooperativem Führungsstils menschenorientiert zum institutionellen Erfolg geführt werden. Dabei ist Teil der Führungsaufgabe, ethische Standards zu lehren und vorzuleben, Arbeitspflichtverletzungen zu thematisieren, Problemsituationen frühzeitig zu erkennen, bei Schwierigkeiten beratend einzugreifen und zu unterstützen. Wo gerechtfertigt und notwendig, soll durch den Vorgesetzten gemahnt und zurechtgewiesen werden. Es ist die Aufgabe der Führung, Ungereimtheiten frühzeitig zu erkennen und auf diese opportun zu reagieren.

Weiteres Element des Regulationssystems ist die personalrechtliche Massnahme. Anreize sollen im Vorfeld dafür sorgen, den geordneten Aufgabenvollzug sicherzustellen, indem sie bestimmte Verhaltensweisen auslösen bzw. verstärken und andere, unerwünschte Verhaltensweisen mindern. Bei unbefriedigendem Verhalten können anlässlich von Qualifikationsgesprächen und Zielvereinbarungen personalrechtliche Massnahmen vereinbart werden, die den Staatsangestellten verpflichten, Weiterbildungen zu besuchen und/oder ein Coaching oder Mentoring in Anspruch zu nehmen. Sind die Probleme zwischen Arbeitgeber und Angestelltem nicht lösbar, kann das personalrechtliche Kündigungsverfahren eingeleitet werden.

3.2 Praktische Anwendung des vernetzten Regulationssystems




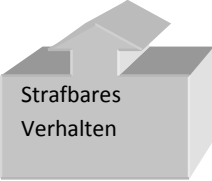
Was	Verfahrenszuständigkeit / Verbindung		Verfahren	Massnahmen	Gesetzliche Bestimmung
 ungereimtes Verhalten	einschreiten	DIREKTER VORGESETZTER	Führungsgrundsätze individuelle Betreuung	Gespräche Beobachtung Ermahnung etc.	Keine
 anhaltendes ungereimtes Verhalten	einschreiten	↓ PERSONAL-ABTEILUNG	Personalrechtliche Massnahmen	Qualifikationsgespräche Weiterbildung Coaching Zielvereinbarung etc.	Personalgesetz
 Arbeitspflichtverletzung	einschreiten	↓ RECHTSDIENST/STAB	Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung	Verweis Änderung Aufgabenkreis Rückstufung Versetzung Kündigung Berufsausübungsverbot	Neuregelung Personalrecht
 Strafbares Verhalten	einschreiten	↓ UNTERSUCHUNGS-BEHÖRDE	Strafverfahren	Strafrechtliche Sanktionen	Strafrecht / Strafprozessrecht

Abb. 6 Praktische Anwendung der verschiedenen Verfahren

Das vorgeschlagene Regulationssystem weist eine Skalierung auf: Je mehr die Arbeitspflichtverletzung für den staatlichen Betrieb ins Gewicht fällt, umso unnachgiebiger soll eingeschrit-

ten werden. Während die Verfahren teils parallel geführt werden beziehungsweise ineinander übergehen, so sind sie doch voneinander abzugrenzen, da sie sich in der Verfahrensführung, den Konsequenzen und Zuständigkeiten unterscheiden.

Bei den ersten Anzeichen ungereimten Verhaltens eines Staatsangestellten ist es die Aufgabe direkter Vorgesetzter, die Führungsverantwortung wahrzunehmen und adäquat einzuschreiten. Vorgesetzte beobachten das Verhalten der Betroffenen, weisen sie zurecht und/oder ermahnen. Dauert das pflichtwidrige Verhalten an, ist die Personalabteilung zu involvieren und personalrechtliche Massnahmen sind zu vereinbaren. Bleibt der Erfolg dieser Massnahmen aus und entwickelt sich das Verhalten zu einer (schwerwiegenden) Arbeitspflichtverletzung (oder lag bereits ein Verdacht auf eine Arbeitspflichtverletzung vor), kann der Rechtsdienst/Stab die Einleitung eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung beantragen. Stellt das Verhalten gleichzeitig eine Straftat im Sinne des Strafgesetzbuches dar, sind die Akten der Untersuchungsbehörde zu überweisen, die gegebenenfalls ein Strafverfahren einleitet.

Um das Regelungssystem erfolgreich umzusetzen, müssen unter anderem sämtliche Verfahren ihrer Bedeutung und Gewichtung entsprechend geregelt werden. Diesen Anforderungen wird die heutige Verfahrensregelung bei Arbeitspflichtverletzung nicht gerecht, weshalb im Kapitel sechs eine Ergänzung des Personalgesetzes vorgeschlagen wird. Vorgängig soll anhand einer Analyse der Geltung strafprozessualer Mindestgarantien im Verwaltungsverfahren geprüft werden, welche Verfahrensgarantien im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung gesetzlich zu verankern sind.

4 Prüfung der Anwendbarkeit von Verfahrensgarantien im Disziplinarrecht

4.1 Geltende verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Strafrecht und im Verwaltungsrecht

4.1.1 Einleitung

Die systematische Einordnung des Disziplinarrechts in die Rechtsordnung ist von praktischer Bedeutung, weil bei Gesetzeslücken und als Auslegungshilfe diejenigen Grundsätze beigezogen werden, die das Rechtsgebiet der formalen Zuordnung bestimmen. Da das Disziplinarrecht dem Verwaltungsrecht zugeordnet ist, gelten die Verfahrensgarantien des Verwaltungsrechts. Zu prüfen ist, ob die verfassungsrechtlich verankerten Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren den Anforderungen eines modernen Disziplinarrechts genügen, ob strafprozessuale Mindestgarantien zu übernehmen sind, oder ob eigenständige Verfahrensregeln definiert werden müssen. Während zuerst die verfassungsrechtlichen allgemeinen und strafrechtlichen Verfahrensgarantien vorgestellt werden (Art. 29 BV und Art. 32 BV), wird anschliessend auf folgende Teilgehalte näher eingegangen: die Unschuldsvermutung, das Recht zur Aussageverweigerung, das Recht auf Information über die erhobenen Beschuldigungen, die Verteidigungsrechte, das Verbot der Anwendung unrechtmässig erlangter Beweise, keine Strafe ohne Gesetz und das Verbot rückwirkender Strafgesetze.

4.1.2 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien

In den Art. 29 – 32 der Bundesverfassung werden Verfahrensprinzipien geregelt, die grundrechtlichen Schutz geniessen, weshalb sie auch Verfahrensgrundrechte genannt werden. Sie gewährleisten ein Minimum an rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verfahren vor den Behörden und schützen im Kern die Würde des Menschen. Verfahrensgrundrechte garantieren, dass ungeachtet der Person und der zur Beurteilung stehenden Frage, den Betroffenen im Verfahren ein Mindestmass an Respekt von Seiten der staatlichen Behörden zugestanden wird, so dass die Betroffenen nicht zum blossen Verfahrensobjekt herabgewürdigt werden. Die Beachtung der Verfahrensprinzipien trägt wesentlich dazu bei, die staatlichen Entscheide und Urteile zu legitimieren, erleichtert die Wahrheitsfindung, stärkt das Vertrauen in die Behörden und fördert die Akzeptanz der Entscheide durch Einsicht⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ KIENER/KÄLIN, S. 401 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 90.

Weitere Rechte der Verfahrensbeteiligten ergeben sich aus den Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes. Den staatsvertraglichen Verfahrensgarantien, die in der EMRK und des UNO-Paktes II verankert sind, kommt Verfassungsrang zu. Während die staatsvertraglichen und die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien in vielerlei Hinsicht deckungsgleich sind, sind die Bestimmungen der Bundesverfassung als eigenständige Garantien zu verstehen. Die enge Verzahnung der Verfahrensrechte sowie die reichhaltige Rechtsprechung der Vertragsorgane lassen es im konkreten Anwendungsfall als angezeigt erscheinen, neben den verfassungsrechtlichen Garantien immer auch die staatsvertraglich gewährleisteten Ansprüche zu prüfen⁷⁸⁰.

4.1.2.1 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Strafverfahren

Die Grundsätze eines verfassungskonformen Strafverfahrens werden in Art. 32 BV verankert, die sich eng an Art. 6 und 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Art. 14 und 15 UNO-Pakt II anlehnen. Sie stehen ausschliesslich den einer strafbaren Handlung beschuldigten Personen zu. Die besonderen Verfahrensgrundrechte im Strafverfahren sollen die Fairness des Strafverfahrens sicherstellen. Die Rechte garantieren, dass der Staat seinen Strafverfolgungsanspruch schonend ausübt und den Beschuldigten genügend Mittel zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte bereitstellt⁷⁸¹.

Gemäss Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Jede beschuldigte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden (Art. 32 Abs. 2 BV). Weiter hat jede verurteilte Person das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen (Art. 32 Abs. 3 BV). Aus den Grundsätzen eines menschenrechtskonformen Strafverfahrens lassen sich zudem folgende Teilgehalte ableiten: Das Recht auf Aussageverweigerung, Verteidigungsrechte, das Verbot der Verwendung unrechtmässig erlangter Beweise, keine Strafe ohne Gesetz und Verbot rückwirkender Strafgesetze sowie das Verbot der Doppelverfolgung⁷⁸².

⁷⁸⁰ KIENER/KÄLIN, S. 402; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 90 f.

⁷⁸¹ KIENER/KÄLIN, S. 462.

⁷⁸² Weiter steht den Angeklagten das Recht zu, unentgeltlich einen Dolmetscher zu erhalten. Schliesslich haben sie den Anspruch auf ein Urteil in angemessener Frist. Diese Rechte sind in vorliegendem Kontext nicht relevant, insbesondere deshalb, weil Art. 4a VwVG das Beschleunigungsgebot auch im Verwaltungsverfahren vorschreibt.

4.1.2.2 Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Absatz 1 von Art. 29 BV garantiert in allgemeiner Weise ein gerechtes Verfahren. Als allgemeines Fairnessgebot im Sinne einer Garantie des ‚fair trial‘ kommt Absatz 1 als Auffangtatbestand immer dann zur Anwendung, wenn die spezifischen Verfahrensgarantien die erforderliche Verfahrensfairness nicht zu gewährleisten vermögen⁷⁸³. Als Ausgangspunkt umfasst Absatz 1 eine nicht abschliessende Reihe von Teilgehalten:

- Verbot der formellen Rechtsverweigerung
- Verbot der Rechtsverzögerung
- Verbot des überspitzten Formalismus
- Unzulässige Einschränkung der Prüfung
- Richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde
- Anspruch auf Revision⁷⁸⁴.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. „Das rechtliche Gehör ist einerseits ein persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blossen Verfahrensobjekt. Andererseits ist es ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidungsgrundlagen und ermöglicht im Rahmen des Verfahrensrechts die Einführung der Sicht der Betroffenen.“⁷⁸⁵ Der Grundgedanke des Gehörsanspruchs geht somit über die Forderung, gehört zu werden hinaus und ermöglicht eine effektive Mitwirkung der Betroffenen im Verfahren.

Das rechtliche Gehör stellt eine Minimalgarantie dar und umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann⁷⁸⁶. Der Gehörsanspruch als Ausgangspunkt umfasst folgende Teilgehalte:

- „Anspruch auf vorgängige Orientierung, Äusserung und Anhörung
 - Recht auf Orientierung über das Verfahren
 - Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren
 - Recht auf Äusserung und Stellungnahme
 - Recht auf Mitwirkung am Beweisverfahren

⁷⁸³ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 97.

⁷⁸⁴ STEINMANN, Kommentar BV, N 9 zu Art. 29.

⁷⁸⁵ STEINMANN, Kommentar BV, N 21 zu Art. 29; vgl. ferner WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 56; BGer vom 10.6.2011 8C_1033/2010 E. 5.2.

⁷⁸⁶ BGer vom 10.6.2011 8C_1033/2010 E. 5.2; BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293.

- Behördliche Anhörungs- und Prüfungspflichten
- Anspruch auf Akteneinsicht und Aktenführungspflicht
 - Funktion, Inhalt Geltung
 - Umfang (welche Akten, Zeitpunkt)
 - Aktenführungspflicht
 - Schranken des Einsichtsrechts
- Anspruch auf Eröffnung und Begründung des Entscheids
- Anspruch auf Vertretung und Verbeiständung.⁷⁸⁷

Art. 29 Abs. 3 BV garantiert jeder Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, haben Betroffene ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Im Folgenden werden strafprozessuale Mindestgarantien und deren Gültigkeit im Verwaltungsverfahren geprüft.

4.1.3 Unschuldsvermutung

4.1.3.1 Im Strafverfahren

Die Unschuldsvermutung⁷⁸⁸ gelangt dann zur Anwendung, wenn ein Vorwurf strafbaren Verhaltens von staatlicher Seite erhoben wird. Sie besagt, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Somit bildet die Unschuldsvermutung die Grundlage der Rechte zur Verteidigung im Strafverfahren im Allgemeinen und die Grundlage des Verbots zum Selbstbeichtigungszwang im Besonderen, weil jemand, der als unschuldig zu gelten hat, nicht gehalten sein kann, ihn selbst belastende Umstände vorzutragen⁷⁸⁹. Nicht relevant ist, ob ein besonderes Rechtsverhältnis vorliegt⁷⁹⁰. Weil die Unschuldsvermutung die Beschuldigten vor jeglicher Vorverurteilung schützt, werden alle staatlichen Stellen in die Pflicht genommen; niemand darf ohne gesetzlichen Schuldnachweis als schuldig bezeichnet oder

⁷⁸⁷ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, S. 111; vgl. ferner STEINMANN, Kommentar BV, N 21 ff. zu Art. 29.

⁷⁸⁸ Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 14 Ziff. 2 UNO-Pakt II; Art. 10 Abs. 1 StPO.

⁷⁸⁹ LUTZ, S. 413.

⁷⁹⁰ TOPHINKE, S. 143.

entsprechend behandelt werden. Geschützt wird der gute Ruf eines Menschen vor staatlicher Zuweisung nicht bewiesener strafrechtlicher Schuld⁷⁹¹.

Die Unschuldsvermutung enthält sowohl eine Beweislastregel als auch eine Beweiswürdigungsregel. Als Beweislastregel gilt, „dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss“.⁷⁹² Die Beweiswürdigungsregel fordert, „dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.“⁷⁹³ Der Betroffene muss bei unüberwindlichen Zweifeln freigesprochen werden, respektive es muss von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt ausgegangen werden.

4.1.3.2 Im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren gilt die Unschuldsvermutung grundsätzlich nicht⁷⁹⁴; angewendet werden die beweisrechtlichen Maximen des Verwaltungsverfahrens⁷⁹⁵. Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich der im Verwaltungsrecht zulässigen Beweismittel, die sich von denjenigen im Strafprozessrecht unterscheiden⁷⁹⁶. Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.

Die Beweise werden frei gewürdigt. Die Behörde hat unter Berücksichtigung der Gesamtheit der ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisse einen Sachverhalt zu werten. Vorgesehen sind weder starre Beweisregeln noch ist eine unumstössliche Gewissheit vorausgesetzt: Massgeblich ist einzig die Überzeugung der Behörde vom Vorhandensein bzw. Fehlen einer Tatsache, wobei es einen so hohen Grad an Wahrscheinlichkeit braucht, dass keine vernünftigen Zwei-

⁷⁹¹ HÄNER, Mindestgarantien, S. 22 f.; KIENER/KÄLIN, S. 463; LUTZ, S. 413 f.; TOPHINKE, S. 135; VEST, Kommentar BV, N 13 zu Art. 32. Die Vermutung der Schuldlosigkeit entfaltet auch eine indirekte Drittwirkung, so dass der Grundsatz z.B. auch für die Medien gilt.

⁷⁹² Statt vieler BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 36 f.

⁷⁹³ Statt vieler BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 36 f.

⁷⁹⁴ Ein Beispiel dafür findet sich im Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (Hooligankonkordat). Obwohl die Betroffenen die Massnahmen als Strafen empfinden und das Fehlen von strafprozessualen Rechten, insbesondere der Unschuldsvermutung bemängeln, gilt die Unschuldsvermutung nicht. (HENSLEY, S. 40 und 44). Das Bundesgericht führt aus: „Mit Blick auf die Unschuldsvermutung kann in Bezug auf die einzelnen Massnahmen das Folgende angefügt werden. Die Meldeauflage stützt sich nach Art. 6 Abs. 1 lit. b Konkordat u.a. darauf, dass aufgrund konkreter und aktueller Tatsachen anzunehmen ist, dass sich die Person nicht von Gewalttätigkeiten abhalten lasse. Für den Polizeigewahrsam nach Art. 8 Abs. 1 lit. a Konkordat ist massgebend, dass aufgrund von konkreten und aktuellen Hinweisen eine Beteiligung an schwerwiegenden Gewalttätigkeiten zu befürchten ist (und die Massnahme zur Durchsetzung eines Rayonverbots dient [zur Publikation bestimmtes Urteil 1C_428/2009 vom 13. Oktober 2010 E. 7]). Damit kommt kein strafrechtlicher Vorwurf zum Ausdruck, der mit der Unschuldsvermutung unvereinbar ist.“ BGE vom 16.11.2010, 1C_278/2009 E. 4.2.

⁷⁹⁵ VergG ZH vom 26.8.2010 VB.2010.00308 E. 3.2.2.

⁷⁹⁶ Im Verwaltungsrecht zulässig sind gemäss Art. 12 VwVG: Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein und Gutachten von Sachverständigen.

fel bleiben⁷⁹⁷. Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweismässigkeit zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten⁷⁹⁸. Die Behörde hat sich nicht an einem ‚verfassungsmässigen Beweismassstab‘ zu orientieren, sondern es genügt, wenn sie ihre Meinung, ob ein bestimmter Sachverhalt eingetreten ist oder nicht, sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen sowie in freier Überzeugung bildet und ihren Entscheid verantworten und begründen kann⁷⁹⁹.

HÄNER weist allerdings darauf hin, dass im Administrativverfahren der Beweissatz ‚in dubio pro reo‘ gilt: „In diesen Verfahren muss die Behörde in Zweifelsfällen, wenn keine Sicherheit besteht, ob der volle Beweis erbracht ist, zugunsten des Verfahrensbetroffenen entscheiden.“⁸⁰⁰ Ebenfalls wird in der Rechtsprechung tendenziell bejaht, dass der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Verdachtskündigung⁸⁰¹ an die Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV gebunden ist⁸⁰². Das Verwaltungsgericht hält fest, dass der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber zu beachten habe, dass die Unschuldsvermutung auch Wirkung ausserhalb und nach dem Strafverfahren besitze. Sämtliche staatliche Behörden dürften niemanden vor oder bei Fehlen einer rechtskräftigen Verurteilung als schuldig behandeln oder bezeichnen⁸⁰³.

⁷⁹⁷ HÄNER, Mindestgarantien, S. 25; HÄNER, Sachverhalt, S. 49; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 213 f. zu Art. 12; WALDMANN, S. 117.

⁷⁹⁸ BGer vom 10.6.2011 8C_1033/2010 E. 5.2.

⁷⁹⁹ VerG ZH vom 26.8.2010 VB.2010.00308 E. 3.2.2.

⁸⁰⁰ HÄNER, Sachverhalt, S. 50.

⁸⁰¹ Von einer Verdachtskündigung wird gesprochen, wenn eine Partei einen Arbeitsvertrag fristlos kündigt, weil sie einen schwerwiegenden Verdacht hat, die andere Partei habe eine Straftat oder eine sonstige Verfehlung begangen. BGer vom 3.1.2006 4C.317/2005 E. 5.3.

⁸⁰² VerG ZH vom 13.1.2010 PB.2009.00013 E. 3.4; VerG ZH vom 21.7.2010 PB.2010.00012 E. 6.1; VerG ZH vom 21.12.2005 PB.2005.00034 E. 5.3.2.

⁸⁰³ VerG ZH vom 13.1.2010 PB.2009.00013 E. 3.4. Folglich ist nicht zulässig, eine Kündigung wegen strafbaren Handlungen auszusprechen, wenn noch kein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Davon zu unterscheiden ist die Kündigung, die sich auf einen bestimmten erstellten Sachverhalt stützt, aber unabhängig von dessen nicht feststehender strafrechtlicher Würdigung erfolgt. Somit geht es bei einer Verdachtskündigung nicht um eine strafrechtliche Schuld, sondern um die Frage, ob die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.

4.1.4 Recht zur Aussageverweigerung

4.1.4.1 Im Strafverfahren

Im Strafverfahren gehört die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) zu den fundamentalen Verfahrensgrundsätzen. Obwohl nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung verankert, anerkennt das Bundesgericht den Anspruch, dass niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen und deshalb nicht zur Aussage verpflichtet ist⁸⁰⁴. Ob sich die Garantie aus der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) oder aus den Verteidigungsrechten (Art. 32 Abs. 2 BV) ergibt, lässt das Bundesgericht offen⁸⁰⁵. Dass sich die beschuldigte Person nicht selbst belasten muss und dass sie das Recht hat, Aussagen und Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern, ist in der Eidgenössischen Strafprozessordnung explizit verankert (Art. 113 StPO). Der Gesetzestext weist darauf hin, dass das Aussageverweigerungsrecht enger ist, als dass es allein die verbale Kommunikation berührt und das Recht auf Schweigen beinhaltet. Das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit bezieht sich auf das Verhalten der beschuldigten Person im Verfahren schlechthin; „es garantiert die Freiheit von Zwang hinsichtlich sämtlicher aktiver Mitwirkungsformen.“⁸⁰⁶

Konkret bedeutet die Selbstbelastungsfreiheit, dass Beschuldigte zur Sache und somit zu Schuld- und Strafpunkten keine Aussagen zu machen brauchen und zwar unabhängig davon, ob eine Frage aus Sicht der Strafbehörde eine belastende oder entlastende Antwort zu provozieren geeignet ist⁸⁰⁷. Aus dem Schweigen dürfen den Beschuldigten keine Nachteile erwachsen⁸⁰⁸. Kehrseite der Selbstbelastungsfreiheit der beschuldigten Person ist für die Strafbehörde das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung. Ziel des *nemo tenetur* Grundsatzes ist, dem Beschuldigten den Schutz vor Zwang und vor physischem und psychischem Druck durch staatliche Organe zu garantieren, um Fehlurteile zu verhindern⁸⁰⁹. Die beschuldigte Person darf nicht mit Mitteln, welche sie in ihrer Freiheit der Willensentschliessung oder Willensbetä-

⁸⁰⁴ Darüber hinaus bejaht das Bundesgericht auch die Pflicht der Behörden zur Information des Beschuldigten über sein Aussageverweigerungsrecht. BGer vom 14.3.2001 8G.55/2000 E. 3 b.; vgl. ferner FLACHSMANN/WEHRENBURG, S. 317; LUTZ, S. 412 ff.

⁸⁰⁵ BGE 130 I 126 E. 2.1 S. 128 f.; FLACHSMANN/WEHRENBURG, S. 315; LIEBER, Kommentar StPO, N 7 zu Art. 113.

⁸⁰⁶ LIEBER, Kommentar StPO, N 1 zu Art. 113.

⁸⁰⁷ LIEBER, Kommentar StPO, N 15 zu Art. 113.

⁸⁰⁸ Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II; KIENER/KÄLIN, S. 471. Ferner leitet die Lehre das Recht zur Aussageverweigerung aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ab. Nach dem lateinischen Grundsatz „*Nemo tenetur se ipsum accusare*“. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit wird im Folgenden in einer Kurzform als *Nemo tenetur* Grundsatz zitiert.

⁸⁰⁹ LUTZ, S. 412; TOPHINKE, S. 274.

tigung beeinträchtigen, zur Aussage oder gar zu einem Geständnis und damit zur aktiven Mitwirkung an der Schaffung von Beweisen bewogen werden⁸¹⁰.

4.1.4.2 Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren

Der nemo tenetur Grundsatz findet im Verwaltungsverfahren keine Anwendung. Im Gegenteil: Die Parteien sind verpflichtet, bei der beweismässigen Sachverhaltsaufklärung und am ordnungsgemässen Verfahrensablauf aktiv mitzuwirken⁸¹¹. Die Mitwirkungspflicht⁸¹² ist allgemeiner Natur und erstreckt sich auf alle Arten der Sachverhaltserhebung und damit auf sämtliche im Verwaltungsverfahren zulässige Beweismittel. Die Parteien sind verpflichtet, Urkunden vorzulegen, Auskünfte zu erteilen, Augenscheine zu dulden oder an einer Begutachtung mitzuwirken⁸¹³. Die dem Verwaltungsrecht eigene Mitwirkungs- bzw. Auskunftspflicht besteht selbst dann, wenn sich die Auskunft zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt, wobei die Mitwirkung verhältnismässig und zumutbar sein muss⁸¹⁴. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich zwar häufig nicht auf die von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren, gelten aber auch dann, wenn die Partei im Verfahren eigene Rechte geltend macht, dies besonders wenn es um die Erstellung von Tatsachen geht, welche eine Partei besser kennt als die Behörde und welche diese ohne ihre Mitwirkungsrechte gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erheben können⁸¹⁵. Trotz Mitwirkungsrechte der Parteien bleibt die Beweisführungslast bei der Behörde; die Mitwirkungspflicht bedeutet nicht, dass der Untersuchungsgrundsatz ausgeschlossen wird. Vielmehr haben die Beteiligten die mit der Sache befasste Instanz in deren aktiven Rolle zu unterstützen, wodurch sie zur Sachverhaltsermittlung beitragen⁸¹⁶. Dabei hat die Behörde im Sinne einer Aufklärungspflicht die Betroffenen darüber aufzuklären, worin die Mitwirkungspflicht besteht und welche Beweismittel beizubringen sind⁸¹⁷.

⁸¹⁰ LIEBER, Kommentar StPO, N 37 zu Art. 113.

⁸¹¹ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, N 37 zu Art. 13.

⁸¹² Der Mitwirkungspflicht gegenüber steht das Mitwirkungsrecht, das sich auf Art. 29 Abs. 2 BV stützt. Das Mitwirkungsrecht beinhaltet „insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder zumindest zum Beweisergebnis Stellung zu beziehen, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen.“ WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 63.

⁸¹³ AUER, Kommentar VwVG, N 3 zu Art. 13.

⁸¹⁴ BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115; AUER, Kommentar VwVG, N 6 und N 8 zu Art. 13.

⁸¹⁵ BGE 128 II 139 E. 2c S. 143; BGE 130 II 449 E. 6.6.1 S. 464; HÄNER, Mindestgarantien, S. 25; HÄNER, Sachverhalt, S. 42 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, N 12 ff. zu Art. 13; WALDMANN, S. 117.

⁸¹⁶ AUER, Kommentar VwVG, N 11 zu Art. 13; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, N 4 zu Art. 13.

⁸¹⁷ HÄNER, Sachverhalt, S. 46 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVG, N 47 ff. zu Art. 13.

Eine Mitwirkungspflicht der Parteien kann ebenfalls durch das öffentliche Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung (materielle Wahrheit) geboten sein. Die Mitwirkung stützt sich in diesen Fällen auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und gilt unabhängig davon, ob das Verfahren durch Gesuch oder von Amtes wegen eingeleitet wurde⁸¹⁸. An die aus Treu und Glauben abgeleitete Mitwirkungspflicht ist allerdings keine allzu hohe Anforderung zu stellen⁸¹⁹; sie kommt insbesondere dann zum Zuge, wenn die Behörde den Sachverhalt gar nicht festzustellen vermag, wenn die Parteien die Tatsachen besser kennen, als die Behörden und letztere ohne deren Mitwirkung nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden können, oder wenn die Behörden aufgrund der Umstände eine Mitwirkung aus eigenem Antrieb von den Parteien erwarten kann⁸²⁰.

In Administrativuntersuchungen, die dazu dienen, Ungereimtheiten in der Verwaltung näher zu überprüfen, wird die Mitwirkungspflicht entweder gesetzlich festgehalten⁸²¹ oder sie lässt sich aus dem Anstellungsverhältnis, namentlich der Treuepflicht der Mitarbeitenden ableiten. Grenzen der Auskunftspflicht bildet die Gefahr, sich strafrechtlichen Untersuchungen aussetzen⁸²².

4.1.4.3 Wertungswiderspruch zwischen Schweigerecht und Mitwirkungspflicht

Zwischen dem strafprozessualen Schweigerecht und der verwaltungsrechtlichen Auskunftspflicht besteht ein Wertungswiderspruch, der in der Praxis selten thematisiert⁸²³ und in der Literatur differenziert beurteilt wird. SEILER stellt fest, dass der Wertungswiderspruch rational nicht erklärbar sei, was zu unlösbaren logischen und praktischen Problemen in der Rechtsanwendung führe⁸²⁴. Für besonders problematisch hält SEILER die Fälle, in denen Strafrecht und Verwaltungsrecht zusammenwirken, um bestimmte Ziele zu erreichen: Da könne eine Auskunft oder Meldung, die jemand verwaltungsrechtlich zu erstatten verpflichtet sei, zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen⁸²⁵. Für SEILER überzeugen die bisherigen Lösungsversuche nicht, den grundsätzlichen Wertungswiderspruch zwischen der verwaltungsrechtlichen Auskunftspflicht und dem strafrechtlichen Schweigerecht auszugleichen. Indem SEILER argumentiert, beim nemo tenetur Grundsatz handle es sich lediglich um eine Modalität der

⁸¹⁸ HÄNER, Sachverhalt, S. 46 f.

⁸¹⁹ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 32 ff. zu Art. 13.

⁸²⁰ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 32 ff. zu Art. 13.

⁸²¹ Z.B. in Art. 27g RVOG.

⁸²² HÄNER, Mindestgarantien, S. 25; MÜLLER, Administrativuntersuchung, S. 131.

⁸²³ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 68 ff. vom Art. 13.; SEILER, Mitwirkungsrecht, S. 18; WALDMANN, S. 119.

⁸²⁴ SEILER, Mitwirkungsrecht, S. 18.

⁸²⁵ SEILER, Mitwirkungsrecht, S. 13.

Beweiserhebung, um die Beschuldigten vor menschenrechtswidrigen Verhörpraktiken zu schützen, stellt er das strafprozessuale Schweigerecht grundsätzlich in Frage⁸²⁶. Als Lösung schlägt SEILER vor, dass sämtliche Verfahrensparteien auch im Strafverfahren grundsätzlich verpflichtet sein sollen, in ihrer Sache Auskunft zu erteilen und im Verfahren mitzuwirken. Dabei sollen aber, im Gegensatz zur Zeugenaussage, die Verweigerung der Aussage und die falsche Aussage grundsätzlich nicht strafbar sein. Die Verweigerung der Mitwirkung könne aber im Rahmen der Beweiswürdigung zum Nachteil des Rechtsunterworfenen berücksichtigt werden⁸²⁷.

Demgegenüber kann RUCKSTUHL keinen Wertungswiderspruch zwischen den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem strafprozessualen Verbot der Selbstbelastungspflicht erkennen, weil die beiden Grundsätze unterschiedlichen Zwecken dienen würden⁸²⁸: Die Mitwirkungspflichten im Verwaltungsrecht bezweckten entweder im weitesten Sinne eine Gefahrenabwehr „oder aber die korrekte Erhebung eines Tatbestandes, gestützt auf welchen die Antragstellenden besondere Vorteile erlangen wollen oder auch nur polizeiliche Bewilligungen, oder aber die verlangten Informationen dienen dem Staat zur korrekten Ausübung seiner Tätigkeit, die wiederum zum Wohle eines jeden Einzelnen ist.“⁸²⁹ Daher sei für RUCKSTUHL eine Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren zumutbar, während unzumutbar sei, sich im Strafrecht selbst ans Messer liefern zu müssen⁸³⁰. Da zwischen Straf- und Verwaltungsrecht unterschieden werde, dürfe auch ein Unterschied in der Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten bestehen. Dabei müsse allerdings sichergestellt sein, dass die durch verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten entstandenen Daten einem strafprozessualen Verwertungsverbot unterstellt werden, damit dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs Nachachtung verschafft werden könne⁸³¹.

Ähnlicher Meinung sind KRAUSKOPF/EMMENEGGER: Als problemlos erachten sie die Mitwirkungspflicht in den als nicht strafrechtlicher Natur klassifizierten Verwaltungsverfahren; die Mitwirkungspflicht der Parteien habe sich dem öffentlichen Interesse an der materiellen

⁸²⁶ SEILER, Mitwirkungsrecht, S. 19.

⁸²⁷ SEILER, Mitwirkungsrecht, S. 20.

⁸²⁸ RUCKSTUHL, S. 232.

⁸²⁹ RUCKSTUHL, S. 221.

⁸³⁰ RUCKSTUHL, S. 229.

⁸³¹ RUCKSTUHL, S. 233. Der EGMR erblickt in der im Strafverfahren erfolgten Verwertung der Aussagen, welche im Art. 6 EMRK nicht unterliegenden Administrativverfahren unter Zwang gemacht wurden, eine Verletzung des in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Rechts, sich nicht selber belasten zu müssen. Funke c. Frankreich, Urteil vom 25.2.93, Ser.A Nr. 256-A = ÖJZ 1993, S. 532 ff.; Saunders c. Grossbritannien, RJD 1996-VI, S. 2044 ff. Vgl. ferner ROTH, 296; TOPHINKE, S. 278 ff. Ebenfalls LIEBER, Kommentar StPO, N 14 zu Art. 113, der sich für ein Verwertungsverbot von Aussagen, die in einem konnexen vorgängigen Verwaltungsverfahren gemacht wurden, in einem nachfolgenden Strafverfahren ausspricht.

Wahrheit zu beugen⁸³². Nicht geklärt scheint für KRAUSKOPF/EMMENEGGER das Verhältnis der Mitwirkungspflicht zum Selbstbelastungsverbot bei Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter oder bei solchen, die als strafrechtliche Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK zu qualifizieren sind. Ebenfalls umstritten sei, ob die in einem reinen Verwaltungsverfahren durch Mitwirkung der Parteien erhobenen Beweismittel in einem nachfolgenden Strafverfahren verwertet werden dürften⁸³³. Nicht umsetzbar wäre für KRAUSKOPF/EMMENEGGER eine umfassende Anerkennung des Schweigerechts im Verwaltungsrecht, da dies mit dem Ziel der materiellen Wahrheitsfindung kollidieren und die Durchsetzung des materiellen Rechts erschweren oder gar verunmöglichen würde. Allerdings könne im Verwaltungsverfahren auch nicht gänzlich auf das Schweigerecht verzichtet werden, da dies verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Daher schlagen KRAUSKOPF/EMMENEGGER folgende pragmatische Vorgehensweise vor:

„Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, von den Parteien grundsätzlich eine Mitwirkung bei der Erhebung der tatsächlichen Gegebenheiten zu verlangen. Die Parteien sind somit verpflichtet, der Behörde alle erforderlichen Auskünfte über relevante Tatsachen zu erteilen und Schriftstücke zu übermitteln. Allerdings darf die Behörde einer Partei nicht die Verpflichtung auferlegen, solche Antworten zu erteilen, durch die sie das Vorliegen einer strafrechtlich sanktionierten Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die allein die Behörde den Beweis zu erbringen hat. Informationen sind somit dergestalt einzuholen, dass entsprechende Auskünfte weder direkt noch indirekt einem Schuldgeständnis gleichkommen. Gegenteiligenfalls kann eine Partei die Aussage verweigern.“⁸³⁴

4.1.5 Recht auf Information über die erhobenen Beschuldigungen

4.1.5.1 Im Strafverfahren

Jede angeklagte bzw. beschuldigte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden (Art. 32 Abs. 2 BV)⁸³⁵. Die Information hat unverzüglich, umfassend und in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache zu erfolgen⁸³⁶. Das Recht auf Information konkretisiert das rechtliche Gehör, ist als Voraussetzung einer wirksamen Verteidigung unabdingbar und soll die Be-

⁸³² KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 69 zu Art. 13.

⁸³³ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 71 zu Art. 13.

⁸³⁴ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 70 zu Art. 13.

⁸³⁵ Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK; Art. 14 Ziff. 3 lit. a UNO-Pakt II; Art. 143 Abs. 1 StPO.

⁸³⁶ PIETH, S. 75; Art. 143 Abs. 1 StPO.

schuldigten vor Überraschung und Überrumpelung durch die Strafverfolgungsbehörden schützen⁸³⁷.

4.1.5.2 Im Verwaltungsverfahren

Das rechtliche Gehör wird in Art. 29 Abs. 2 BV verfassungsrechtlich garantiert und in allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen sowie in spezialgesetzlichen Bestimmungen konkretisiert. Damit das rechtliche Gehör gewährt werden kann, müssen die Parteien darüber orientiert sein, dass ein Verfahren hängig ist und was es zum Inhalt hat, um sich so Kenntnis über den Verfahrensgegenstand und den erheblichen Sachverhalt verschaffen zu können. Demgemäss beinhaltet das rechtliche Gehör auch ein Recht auf Orientierung⁸³⁸.

Für HÄNER konzentriert sich das Recht auf Orientierung im allgemeinen Verwaltungsverfahren darauf, dass den Betroffenen vor Erlass einer Verfügung die entscheiderelevanten Grundlagen mitgeteilt werden und sie sich entsprechend äussern können. Es besteht keine Pflicht der Behörden, bereits dann zu informieren, wenn eine Voruntersuchung eingeleitet wird, um festzustellen, ob eine Massnahme ausgesprochen werden muss⁸³⁹. HÄNER begründet, dass dem Unmittelbarkeitsprinzip bei der Abklärung des Sachverhalts im Verwaltungsverfahren nicht dieselbe Bedeutung zukommt, wie im Strafverfahren und auch die Beweismittel nicht in erster Linie darauf ausgerichtet sind, den Sachverhalt kontradiktorisch zu erfassen. Weiter spielt die Parteibefragungen im Gegensatz zu den Befragungen im Strafverfahren nur eine untergeordnete Rolle⁸⁴⁰.

WALDMANN schreibt dem Informationsrecht im Verwaltungsverfahren drei Aspekte zu: In erster Linie kommt der Behörde die Pflicht zu, die Betroffenen über die Hängigkeit und den Gegenstand eines Verfahrens zu orientieren⁸⁴¹: Betroffene müssen darüber informiert werden, dass eine einseitige hoheitliche Anordnung in Aussicht steht. Der voraussichtliche Inhalt muss in groben Zügen bekannt gemacht werden. Ebenfalls muss die Bezeichnung des Verfahrensgegenstandes hinreichend bestimmt und präzise dargelegt werden⁸⁴². Zweitens muss die Behörde über die entscheiderelevanten tatsächlichen Grundlagen orientieren: Gegenstand des rechtlichen Gehörs ist, über den Umfang und die Tragweite der vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung informiert zu werden. Und drittens müssen die Behörden über Verfahrens-

⁸³⁷ HÄNER, Mindestgarantien, S. 23; KIENER/KÄLIN, S. 462; WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 63.

⁸³⁸ WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 72.

⁸³⁹ HÄNER, Mindestgarantien, S. 26.

⁸⁴⁰ HÄNER, Mindestgarantien, S. 25.

⁸⁴¹ WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 72.

⁸⁴² WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 72.

handlungen und Beweismassnahmen orientieren: Parteien müssen rechtzeitig informiert werden, wenn Augenscheine und Einvernahmen von Auskunftspersonen oder Zeugen durchgeführt werden, damit die Mitwirkungsrechte wahrgenommen werden können⁸⁴³.

Auch für ALBERTINI kommt dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates grundlegende Bedeutung zu: Das rechtliche Gehör soll den Gedankenaustausch im Verfahren gewährleisten, um sicherzustellen, dass die wesentlichen Aspekte im zu treffenden Entscheid berücksichtigt werden. Teil des rechtlichen Gehörs ist die Verpflichtung der Behörde, die Betroffenen über ein jeweiliges positives Tun zu unterrichten. Gemeint sind damit jene Informationen, die einer wirksamen Ausübung des Äusserungs- und Anhörungsrechts dienen⁸⁴⁴. Konkret bedeutet dies, dass die Behörden die Betroffenen über die Anhängigkeit eines Verfahrens und über dessen Gegenstand zu orientieren hat. Durch die Benachrichtigung wird ermöglicht, dass der Adressat tatsächlich und rechtzeitig Kenntnis vom Verfahren und von seinem Gegenstand⁸⁴⁵ erlangt, die ihm zur Last gelegten Tatsachen kennt und weiss, dass gegen ihn eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird⁸⁴⁶. Weiter umfasst die Orientierungspflicht auch neue Fragen, die während des Verfahrens auftauchen und für den Entscheid wesentlich sein können. Ausserdem müssen Betroffene über sämtliche Akten, Beweismittel oder sonstige Unterlagen im Bilde sein, worauf die entscheidende Behörde ihre Verfügung zu stützen gedenkt. Dieses Recht wird in der Regel durch das Akteneinsichtsrecht verwirklicht, wobei die Behörde dem Betroffenen bloss das Dossier zur Einsicht zur Verfügung zu stellen hat. Unter gewissen Umständen sind die Behörden aber dazu verpflichtet, den Betroffenen über neu beigezogene, neu bestellte oder neu hinzugekommene entscheidenderheblich Beweismittel zu orientieren⁸⁴⁷.

4.1.6 Verteidigungsrechte

4.1.6.1 Im Strafverfahren

Die Verteidigungsrechte konkretisieren die ‚Waffengleichheit‘ und dienen dazu, das Kräfteverhältnis zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsmonopol und dem Beschuldigten auszugleichen. Die einzelnen Verteidigungsrechte sind in der Bundesverfassung nicht einzeln

⁸⁴³ WALDMANN, rechtliches Gehör, S. 72.

⁸⁴⁴ ALBERTINI, S. 206.

⁸⁴⁵ Dabei soll Umfang und Tragweite der Aufklärung über den Gegenstand des Verfahrens flexibel sein und es soll im Einzelfall entschieden werden. ALBERTINI, S. 211.

⁸⁴⁶ ALBERTINI, S. 208.

⁸⁴⁷ ALBERTINI, S. 217.

aufgeführt. Mit den ‚ihr zustehenden Verteidigungsrechte‘ sind alle Rechte angesprochen, die einer beschuldigten Person nach Massgabe des anwendbaren Verfahrensrechts, der Verfassung und der internationalen Menschenrechtsverträge zustehen. Gemeint sind damit: das Recht auf anwaltliche Vertretung, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung, das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, das Recht, dass die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen durchgeführt werden wie sie für die Belastungszeugen gelten und das Recht auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher⁸⁴⁸.

4.1.6.2 Im Verwaltungsverfahren

Die Verteidigungsrechte sind Garantien, die auf das Strafverfahren zugeschnitten sind. Teilweise lassen sie sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und den Mitwirkungsrechten ableiten, weshalb sie auch im Verwaltungsrecht gelten⁸⁴⁹. Die Bundesverfassung gewährleistet das Recht auf Vertretung und Verbeiständung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welches ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Partei in einem Verfahren auf Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides, der die Partei berührt, gewährleistet⁸⁵⁰. So kann die Partei im Verwaltungsverfahren gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ihre Rechte selber wahrnehmen, durch einen Vertreter wahrnehmen lassen, oder sich dabei durch einen Beistand unterstützen beziehungsweise begleiten lassen⁸⁵¹. Dies gilt auch dann, wenn die Behörde Beweismassnahmen durchführt, an denen die Partei kraft ihrer Parteiqualität teilnehmen kann. Ein grundsätzlicher Anspruch auf Teilnahme besteht insbesondere bei Zeugeneinvernahmen und Augenscheinen⁸⁵². Auch der Anspruch auf ausreichende Zeit zur Vorbereitung ergibt sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV: Dem Betroffenen muss für die Ausübung seines Äusserungsrechts eine angemessene Frist gesetzt werden. Angemessen heisst, dass die Frist so bemessen sein muss, dass dem Betroffenen eine gehörige Wahrung seiner Äusserungsrechte – gegebenenfalls unter Beizug eines Rechtsvertreters – effektiv möglich ist⁸⁵³.

⁸⁴⁸ HÄNER, Mindestgarantien, S. 24; KIENER/KÄLIN, S. 473.

⁸⁴⁹ HÄNER, Mindestgarantien, S. 27; NYFFENEGGER, Kommentar VwVG, N 1 zu Art. 11.

⁸⁵⁰ NYFFENEGGER, Kommentar VwVG, N 2 zu Art. 11.

⁸⁵¹ Vgl. dazu auch Art. 11 VwVG. Auf jeder Stufe des Verfahrens kann sich die Partei, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer amtlichen Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeiständen lassen. Das Recht auf Verbeiständung wurde erst in den parlamentarischen Beratungen in das Gesetz aufgenommen. Der Anspruch auf Verbeiständung wurde auf Fälle eingeschränkt, in denen die Dringlichkeit der Handlung einer Verbeiständung nicht entgegensteht. Dies deshalb, weil ein unbedingtes Recht des Personal auf Verbeiständung ein personalrechtliches Disziplinarverfahren erschweren oder gar vereiteln könnte. NYFFENEGGER, Kommentar VwVG, N 1 zu Art. 11.

⁸⁵² BGE 132 V 443 E. 3.3 S. 445.

⁸⁵³ BGE 133 V 196 E.1.2 S. 198.

Neben Zeugenbefragungen können auch Auskünfte von Drittpersonen eingeholt werden, welche als Auskunftspersonen zu befragen sind, auch wenn die Figur der Auskunftsperson z.B. im VwVG nicht explizit vorgesehen ist⁸⁵⁴. Das Bundesgericht hat entschieden, dass auch Einvernahmen von Auskunftspersonen grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien durchzuführen sind, soweit nicht schützenswerte Interessen Dritter entgegenstehen. Der Behörde steht bei der Beurteilung der Frage, ob hinreichende Gründe bestehen, um die Parteien ausnahmsweise von der Anhörung der Auskunftspersonen auszuschliessen, ein Ermessensspielraum zu⁸⁵⁵.

4.1.7 Verbot der Verwendung unrechtmässig erlangter Beweise

4.1.7.1 Im Strafverfahren

Wenn Erkenntnisse oder Beweismittel, die faktisch vorhanden sind, bei der Urteilsfindung nicht verwertet werden dürfen, wir von einem Beweisverwertungsverbot gesprochen. Um ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot handelt es sich, wenn die Strafbehörden bei der Beweiserhebung prozessordnungswidrig vorgegangen sind und das Beweisverwertungsverbot die Rechtsfolge dieses prozessordnungswidrigen Vorgehens darstellt. Davon zu unterscheiden ist das selbständige Beweisverwertungsverbot; in diesem Fall wurde bei der Beweiserhebung für sich gesehen nicht gegen Regeln der StPO verstossen, die Verwertung der erlangten Erkenntnisse im Prozess würden aber entgegenstehende vorrangige Interessen verletzen⁸⁵⁶.

In der Kategorie der unselbständigen Beweisverwertungsverbote wird unterschieden, welche Norm im Rahmen der Beweiserhebung missachtet worden ist: Nicht jeder Verfahrensverstoss führt dazu, dass das Beweismittel nicht beachtet werden darf. Ein striktes, durch keinerlei Ausnahmen aufgeweichtes Beweisverwertungsverbot gilt dann, wenn eine Vorschrift missachtet worden ist, für deren Verletzung im Gesetz selbst das Verwertungsverbot als Rechtsfolge ausdrücklich angeordnet worden ist⁸⁵⁷. Demgemäss sind Beweise, die mit verbotenen Beweiserhebungsmethoden wie Gewaltanwendung, Drohungen, Täuschungen etc. erhoben wurden, im Strafverfahren in keinem Falle verwertbar.

⁸⁵⁴ AUER, Kommentar VwVG, N 36 zu Art. 12.

⁸⁵⁵ BGE 130 II 169 E. 2.3.5 S. 174; VGer ZH vom 21.7.2010 PB.2010.00012 E. 8.1; AUER, Kommentar VwVG, N 36 zu Art. 12; HÄNER, Mindestgarantien, S. 24; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 121 zu Art. 12.

⁸⁵⁶ WOHLERS, Kommentar StPO, N 4 ff. zu Art. 141.

⁸⁵⁷ PIETH, S. 146 ff.; WOHLERS, Kommentar StPO, N 18 ff. zu Art. 141.

In den Fällen, in denen keine absolute Gültigkeitsvorschrift im Sinne des Gesetzes verletzt wurde, kommt es darauf an, ob eine Ordnungsnorm oder eine (einfache) Gültigkeitsvorschrift missachtet worden ist. Ist eine Ordnungsnorm verletzt worden, so ist der betreffende Beweis grundsätzlich verwertbar, ausser die Strafbehörden sind in strafbarer Weise vorgegangen. Wurde eine einfache Gültigkeitsvorschrift verletzt, unterliegen die gewonnenen Erkenntnisse grundsätzlich einem Verwertungsverbot. Anders als bei den absoluten Gültigkeitsvorschriften soll aber trotz Verletzung einer einfachen Gültigkeitsvorschrift die Verwertung ausnahmsweise möglich sein, wenn die Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind⁸⁵⁸.

4.1.7.2 Im Verwaltungsverfahren

Auch die Verwaltungsbehörden sind nicht schrankenlos befugt, die materielle Wahrheit zu erforschen: Als Entscheidungsgrundlage dürfen nur rechtmässig erlangte Informationen dienen. Unterschieden wird zwischen dem Ermittlungsverbot und dem Verwertungsverbot: Das Ermittlungsverbot kann verschiedene Bereiche der Sachverhaltsermittlung beschlagen, indem es den Behörden untersagt, bestimmte Tatsachen zu erforschen, bestimmte Beweismittel heranzuziehen oder bestimmte Beweismethoden anzuwenden. In der Regel hat ein Ermittlungsverbot ein Verwertungsverbot zur Folge, ausser das fragliche Beweismittel hätte auch rechtmässig beschafft werden können, die Partei hat auf ihr Recht verzichtet oder nachträglich ihre Genehmigung erteilt, das öffentliche Interesse an der materiellen Wahrheit überwiegt oder das rechtswidrig erlangte Beweismittel beschlägt Tatsachen, die bereits aufgrund anderer Beweise als erwiesen gelten⁸⁵⁹. Das Verwertungsverbot bedeutet, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel grundsätzlich nicht verwertet werden dürfen. Nicht in die Beweiswürdigung einfließen dürfen Beweise, die unter das Ermittlungsverbot fallen, deren Verwertung gesetzlich ausgeschlossen ist und deren Verwertung aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig sein kann⁸⁶⁰.

Von den widerrechtlich erlangten Beweismitteln zu unterscheiden sind die Zufallsfunde; Beweise, die in einem anderen Zusammenhang als mit der konkreten Sachverhaltsermittlung erhoben wurden. Zufallsfunde dürfen verwendet werden, wenn sie auch auf dem ordentlichen Weg der Sachverhaltsermittlung rechtmässig hätten beschafft werden können. Ist eine rechtmässige Beschaffung des Zufallsfundes nicht möglich, hat eine Güterabwägung zwi-

⁸⁵⁸ Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK; HÄNER, Mindestgarantien, S. 24; KIENER/KÄLIN, S. 472; PIETH, S. 146 ff.; WOHLERS, Kommentar StPO, N 18 ff. zu Art. 141.

⁸⁵⁹ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 189 ff. zu Art. 12.

⁸⁶⁰ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 198 ff. zu Art. 12.

schen dem Interesse an einem ordnungsgemässen Verfahren und dem öffentlichen Interesse der Wahrheitsfindung stattzufinden⁸⁶¹.

4.1.8 Keine Strafe ohne Gesetz und Verbot rückwirkender Strafgesetze

4.1.8.1 Im Strafverfahren

Der Grundsatz der Legalität, *nulla poena sine lege* (keine Strafe ohne Gesetz) folgt aus Art. 9 BV und garantiert, dass nur Handlungen bestraft werden, die im Zeitpunkt ihrer Begehung gesetzlich vorgesehen und unter Strafe gestellt waren⁸⁶². Der Grundsatz schützt vor Willkür und dient der Rechtssicherheit. Er gilt absolut und ist notstandsfest⁸⁶³.

Gegenstand des Grundsatzes ist nicht nur der Schutz vor ungesetzlichem Schuldspruch, sondern auch der Schutz vor ungesetzlicher Sanktion. Es darf keine belastendere Sanktion als die gesetzlich vorgesehene ausgefällt werden⁸⁶⁴. Zudem wird der Grundsatz nicht nur dann verletzt, wenn eine gesetzliche Grundlage fehlt; vielmehr muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass die Adressaten ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können⁸⁶⁵. An Strafnormen wird in Bezug auf ihre Normstufe und Normdichte erhöhte Anforderungen gestellt⁸⁶⁶.

4.1.8.2 Im Verwaltungsverfahren

Die Anforderungen an eine genügende gesetzliche Grundlage ergeben sich für das Verwaltungsverfahren aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV). Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedeutet, dass jedes staatliche Handeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedarf; das Wesentliche muss mit ausreichender Bestimmtheit im formellen Gesetz Ausdruck gefunden haben. Art. 5 Abs. 1 BV verlangt, dass die gesetzliche Grundlage eine generell-abstrakte Struktur aufweist (Erfordernis des Rechtssatzes), dass der Rechtssatz demokratisch ausreichend legitimiert (Erfordernis der genügenden Normstufe) und dass er rechtsstaatlich ausreichend bestimmt (Erfordernis der genügenden Normdichte) ist⁸⁶⁷. Jedes Verwaltungshandeln

⁸⁶¹ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar VwVg, N 203 ff. zu Art. 12.

⁸⁶² Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO Pakt II; TRECHSEL, Kommentar StGB, N 1 zu Art. 1.

⁸⁶³ KIENER/KÄLIN, S. 473.

⁸⁶⁴ TRECHSEL, Kommentar StGB, N 2 zu Art. 1.

⁸⁶⁵ BGE 125 III 391 E. 3d S. 399; BGE 119 IV 242 E. 1c S. 244; KIENER/KÄLIN, S. 472 f; TRECHSEL, Kommentar StGB, N 20 zu Art. 1; WALDMANN, S. 113.

⁸⁶⁶ Statt vieler BGE 125 I 369 E. 6 S. 379; WALDMANN, S. 113.

⁸⁶⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 128; TSCHANNEN, Systeme, S. 43.

muss sich auf eine generell-abstrakte Norm stützen können, denn ohne Rechtssatzbindung gibt es keine berechenbare, rechtsgleiche und willkürfreie Verwaltungspraxis⁸⁶⁸.

Für den Grundsatz ‚nulla poena sine lege‘ spielt die Frage, ob eine Massnahme strafrechtlicher Natur ist oder nicht, keine grosse Rolle; das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gilt auch für einschneidende verwaltungsrechtliche Sanktionen⁸⁶⁹. Die Voraussetzung des Legalitätsgrundsatzes an die Sanktion und das präzise Umschreiben des verpönten Verhaltens gilt allerdings im Verwaltungsverfahren nicht im gleichen Ausmass wie im Strafrecht⁸⁷⁰.

4.2 Erkenntnisse

Das Ergebnis der Prüfung strafprozessualen Mindestgarantien im Verwaltungsverfahren zeigt, dass auch im Verwaltungsrecht weitreichende Verfahrensgarantien bestehen. Die im Zusammenhang mit der Reform der Bundesverfassung eingeleitete, im Jahr 2000 von Volk und Ständen genehmigte Justizreform und die daran anschliessende Totalrevision der Bundesrechtspflege haben dazu geführt, dass strafprozessuale Verfahrensgarantien den Bedürfnissen des Verwaltungsverfahrens angepasst und gesetzlich verankert wurden. Dadurch wurde im Verwaltungsverfahren die Rechtsstaatlichkeit gestärkt und die Rechtssicherheit verbessert, während die nötige Flexibilität der Verfahren bestehen blieb.

Eine generelle Übertragung sämtlicher strafprozessualer Mindestgarantien auf die Verwaltungsrechtspflege lässt sich allerdings nicht begründen. Dazu sind die verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu vielschichtig und deren Zwecke zu unterschiedlich⁸⁷¹. Die heute im Verwaltungsverfahren gültigen Verfahrensgarantien genügen den Anforderungen an ein faires Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung in einer modernen Verwaltung weitgehend, mit drei Ausnahmen: Die Grundzüge des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung bedürfen einer genügenden gesetzlichen Grundlage; die Unschuldsvermutung muss bei Verdacht einer Arbeitspflichtverletzung bis zum Erlass einer rechtskräftigen Verfügung gelten; und die verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflicht ist mit dem strafprozessualen Schweigerecht zu harmonisieren, indem die Schranken der Grundsätze gesetzlich präzisiert werden.

⁸⁶⁸ TSCHANNEN, Systeme, S. 44.

⁸⁶⁹ JAAG, Verfahrensgarantien, S. 165.

⁸⁷⁰ TRECHSEL, Kommentar StGB, N 11 zu Art. 1.

⁸⁷¹ HÄNER, Mindestgarantien, S. 20 und S. 29.

Die Unschuldsvermutung gilt im Verwaltungsverfahren grundsätzlich nicht. Zwar werden wie vorgängig erläutert alle staatlichen Stellen in die Pflicht genommen, Beschuldigte vor jeglicher Vorverurteilung zu schützen, doch gilt dies nur für Beschuldigungen strafrechtlicher Normen und nicht für Beschuldigungen, eine Arbeitspflicht verletzt zu haben. Bei Betroffenen in einem Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung handelt es sich nicht um Beschuldigte eines Strafverfahrens und bei einer Arbeitspflichtverletzung nicht um einen Vorwurf strafbaren Verhaltens. Nichtsdestotrotz muss auch im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung der gute Ruf eines Menschen vor staatlicher Zuweisung nicht bewiesener Schuld geschützt werden. Es muss verhindert werden, dass Betroffenen die Verantwortung für eine Pflichtverletzung zugewiesen wird, bevor der Sachverhalt festgestellt und die Schuldfrage geklärt ist. Auch Staatsangestellte dürfen nicht ohne gesetzlichen Schuldnachweis als schuldig bezeichnet oder als schuldig behandelt werden, auch wenn es sich bei den Anschuldigungen ‚nur‘ um eine Arbeitspflichtverletzung handelt.

Auch in der Literatur wird verlangt, dass die Anwendung der in Art. 32 Abs. 1 BV verankerten Unschuldsvermutung ausgedehnt wird. HÄNER schliesst nicht aus, den Geltungsbereich von Art. 32 BV weiter zu fassen als denjenigen von Art. 6 EMRK; dem Bundesgericht stünde es frei, Art. 32 BV zumindest in gewissen Fällen weiter auszulegen⁸⁷². Für VEST ist die in Art. 32 BV aufgeführte Marginalie ‚Strafverfahren‘ in einem weiten Sinn zu verstehen; Art. 32 BV umfasse der Natur nach abschreckende oder vergeltende Sanktionen, die nicht gänzlich unerheblich erscheinen⁸⁷³. Und TOPHINKE stellt sich die Frage, ob aufgrund des Wortlautes von Art. 32 Abs. 1 BV zumindest einzelne Aspekte der Unschuldsvermutung auch ohne eine eigentliche strafrechtliche Anklage bzw. Beschuldigung angewendet werden können. TOPHINKE folgert, die Unschuldsvermutung könne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Wirkung ausserhalb und nach Abschluss eines Strafverfahrens zeigen⁸⁷⁴. Während in der Literatur die Meinung vertreten wird, die Rechtsprechung könne die gegenwärtigen gesetzlichen Bestimmungen so grosszügig auslegen, dass die Unschuldsvermutung auch in Verfahren ausserhalb des Strafrechts gilt, wird in Kapitel sechs vorgeschlagen, die Unschuldsvermutung im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung gesetzlich zu verankern.

Der Konflikt zwischen Mitwirkungspflicht und des Grundsatzes ‚nemo tenetur se ipsum accusare‘ stellt sich auch im Steuerrecht, Strassenverkehrsrecht, Kartellrecht, Insolvenzrecht, Finanzmarktaufsichtsrecht, Heilmittel- und Chemikalienrecht und im Umweltrecht. Die Prob-

⁸⁷² HÄNER, Mindestgarantien, S. 31 und S. 39.

⁸⁷³ VEST, Kommentar BV, N 2 zu Art. 32.

⁸⁷⁴ TOPHINKE, S. 157.

leme präsentieren sich allerdings jeweils mit verschiedenen Akzenten⁸⁷⁵. Im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung kommt dem Spannungsverhältnis beträchtliche Bedeutung zu. Würde den Betroffenen ein Aussageverweigerungsrecht gewährt, müssten der Verwaltung zur Sachverhaltsfeststellung dieselben Zwangsmittel zur Verfügung gestellt werden, wie den Strafverfolgungsbehörden⁸⁷⁶. Wären die Betroffenen allerdings verpflichtet, sich strafrechtlich zu belasten, wäre ein fundamentaler Verfahrensgrundsatz verletzt. Folglich kann im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung weder auf die Mitwirkungspflicht noch das Schweigerecht gänzlich verzichtet werden, weshalb es zwischen den Grundsätzen zu vermitteln gilt. Ein entsprechender Lösungsansatz wird in Kapitel sechs präsentiert.

⁸⁷⁵ ROTH, S. 207 f.

⁸⁷⁶ WALDMANN, S. 119.

6. Kapitel: Gesetzlicher Lösungsvorschlag

1 Grundzüge des Lösungsvorschlages

Im Folgenden werden Normen vorgeschlagen, die das geltende Personalgesetz im öffentlichen Dienst durch einen Abschnitt ‚Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung‘ neu ordnen soll. Wo nötig, sollen bestehende Bestimmungen präzisiert und/oder ergänzt werden.

Die Neuregelung der Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung gefährdet die durch das NPM errungene Flexibilisierung des öffentlichen Dienstrechtes nicht. Durch die Beibehaltung des Opportunitätsprinzips bestimmt weiterhin das pflichtgemässe Ermessen, ob bei einer Arbeitspflichtverletzung ein Verfahren einzuleiten ist und welche Massnahme zu treffen sind. Weiter bleibt durch den Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe sichergestellt, dass die Besonderheiten des Einzelfalls und die Verwaltungswirklichkeit bei der Anwendung und Auslegung der Normen berücksichtigt werden können. Trotz Beibehaltung der Flexibilität wird die Rechtssicherheit erhöht, indem einerseits für Betroffene vorhersehbar und berechenbar wird, mit was für Konsequenzen sie bei der Begehung einer Arbeitspflichtverletzung zu rechnen haben. Andererseits ermöglicht die Regelung auch juristisch nicht geschulten Mitarbeitenden Verfahrensfehler zu minimieren.

1.1 Ziel der Neuregelung

Ziel der Neuregelung ist, das öffentliche Dienstrecht zu bereinigen, indem das Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung aufgrund einer Bestandesaufnahme des Disziplinarrechts und den daraus resultierenden Erkenntnissen der Lehre sowie der Entwicklung der Rechtsprechung und Praxis überarbeitet und der Rechtswirklichkeit angepasst werden soll. Weiter soll das Personalrecht für Staatsangestellte verbessert werden, indem die Regelungsdichte vereinheitlicht und die Ausdrucksweise aktualisiert wird.

Die vorgeschlagene Neuregelung ist kein umwälzender Neuanfang, sondern vielmehr eine Neugestaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes unter Einbezug der Praxis. Die Regelung des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung soll, wo zweckmässig, an Bewährtem und Vertrautem anknüpfen, indem Bekanntes aufgenommen und Bisheriges weitergeführt wird. Gesetzeslücken sollen durch Ergänzung und Präzisierung geschlossen werden.

1.2 Normstufe

Vorliegend wird die Meinung vertreten, dass das Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung im öffentlichen Dienstrecht (Personalrecht) gesetzlich verankert werden soll. Der Vollzug der Bestimmungen sowie Besonderheiten einzelner Verwaltungseinheiten (Lehrpersonal, Polizeifunktionäre etc.) können in Verwaltungsverordnungen präzisiert werden. Der Vorschlag wird wie folgt begründet:

- Ziel der Neuregelung ist, das gegenwärtige öffentliche Dienstrecht zu bereinigen, indem es neu strukturiert sowie durch die Erkenntnisse der Rechtsprechung und Praxis ergänzt und präzisiert wird. Die Regelung knüpft an den bereits vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen des Personalrechts für Staatsangestellte an, wodurch die Systemgemässheit⁸⁷⁷ gewahrt bleibt.
- Die modellartig vorgeschlagenen Bestimmungen sollen für sämtliche Staatsangestellte gleichermassen gelten; dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz soll dadurch Rechnung getragen werden. Durch die Normdichte ist die Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet; sie ermöglicht, dass wesentlich Ungleiches (Verwaltungszweig, Funktion der Betroffenen etc.) seiner Eigenart entsprechend unterschiedlich behandelt werden kann.
- Massnahmen, die einschneidend in die Rechtsposition Betroffener eingreifen, müssen zwingend auf Gesetzesstufe verankert werden. Pönale verwaltungsrechtliche Massnahmen wie beispielsweise die dauerhafte Versetzung, die Kündigung sowie ein Berufsausübungsverbot haben weitreichende Konsequenzen sowohl für die Betroffenen als auch für den Arbeitgeber.
- Besteht ein Sonderstatusverhältnis, sind die Anforderungen an die Normstufe herabgesetzt. Dies gilt allerdings nur für Rechtsbeschränkungen, die sich in vorhersehbarer Weise aus dem Zweck des jeweiligen Sonderstatusverhältnisses ableiten lassen. Welche Rechtsbeschränkungen damit im öffentlichen Dienstverhältnis gemeint sind, ist nicht evident und soll deshalb auf Gesetzesstufe präzisiert werden, damit Erwartungssicherheit und Vorausschaubarkeit gewährleistet ist.

⁸⁷⁷ Die Systemgemässheit besagt, dass Regelungen in einen Zusammenhang, eine Reihenfolge gebracht werden müssen, damit ihr Inhalt verständlich und das Verhältnis zwischen ihnen klar wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, ein systemverträgliches Gesetz zu erlassen. Die Vorschriften müssen dogmatisch klar, stimmig, übersichtlich sein, sowohl innergesetzlich als auch zwischengesetzlich. Grundlage der Systematik ist die Abgrenzung des Regelungsgegenstandes. Festgelegt werden muss, welche Materie erfasst werden muss. Unterschieden wird zwischen einer äusseren und einer inneren Systematik. Die äussere Systematik, die Aufteilung des Regelungsstoffes in Teile, Kapitel, Abschnitte, Artikel, Absätze, Ziffern, Sätze etc. dient der Information und der Verständlichkeit. Die innere Systematik dient dazu, dass der Regelungsgegenstand untereinander widerspruchlos ist. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, S. 172 f.; MÜLLER/FLURI, S. 157 ff.; SCHNEIDER, S. 39.

2 Modelle gesetzlicher Normen

2.1 Interessenwahrungspflicht

2.1.1 Gesetzesvorschlag

Einleitend wird vorgeschlagen, die Treuepflicht begrifflich anzupassen und inhaltlich zu präzisieren:

E-Art. 1 ***Interessenwahrungspflicht***

¹Die Angestellten haben die ihnen übertragenen Aufgaben mit Sorgfalt auszuführen und die Interessen des Arbeitgebers zu wahren.

²Die Angestellten unterstützen einander bei der dienstlichen Tätigkeit. Sie achten die verfassungsmässigen Rechte, die Menschenwürde sowie die physische, psychische und sexuelle Integrität von Mitarbeitenden, Vorgesetzten und Dritten.

³Die Angestellten verhalten sich inner- und ausserdienstlich so, dass sie weder die Amtsführung konkret beeinträchtigen oder konkret gefährden, noch dem Vertrauen in die Verwaltung schaden.

⁴Die Angestellten verhalten sich ausserdienstlich so, dass das Verhalten mit ihrer Funktion, ihrem Aufgabenbereich, ihrer Verantwortung und ihrer Kompetenz vereinbar ist.

2.1.2 Erläuterung

Der mystisch und geschichtlich belastete Begriff ‚Treuepflicht‘ und der unbestimmte Begriff ‚Grundsatz‘ sollen durch den Begriff ‚Interessenwahrungspflicht‘ ersetzt werden. Letzterer weist terminologisch bereits darauf hin, dass zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denjenigen des Arbeitnehmers abgewogen wird⁸⁷⁸.

Sowohl der Bund als auch die Kantone halten explizit oder implizit an einer Interessenwahrungspflicht fest. Als gesetzliche Generalklausel konzipiert, dient die Interessenwahrungspflicht als Grundlage sämtlicher Pflichten der Staatsangestellten, als Auslegungshilfe der spezialgesetzlichen Regelungen zur Dienstpflichterfüllung sowie als Auffangtatbestand für alle nicht geregelten Pflichten⁸⁷⁹.

Um dem Einzelfall gerecht zu werden und um dem ständig wandelnden sozialen, politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umfeld flexibel gegenüber treten zu können, soll weiterhin an einer Generalklausel festgehalten werden. Diese soll allerdings präzisiert werden,

⁸⁷⁸ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.1.1.

⁸⁷⁹ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.

um einer hinreichenden und angemessenen Bestimmtheit einer Gesetzesnorm zu genügen, damit staatliches Handeln berechenbar und vorhersehbar wird und das Recht rechtsgleich angewendet werden kann. Verhindert werden soll, dass die Behörden von Fall zu Fall nach Belieben, grundsatzlos und willkürlich entscheiden und ihren Entscheid auf die in Wort und Inhalt veraltete Generalklausel der Treuepflicht stützen.

Absatz 1 von E-Art. 1 regelt den Grundsatz der Interessenwahrungspflicht, welcher ebenfalls in Art. 321a OR wiederzufinden ist. Einerseits verpflichtet die Sorgfaltspflicht die Mitarbeitenden, zu den angeordneten Arbeitszeiten persönlich am Arbeitsort zu erscheinen, um die ihnen übertragenen Dienstgeschäfte sorgfältig zu bearbeiten und auftragsgemäss zu erfüllen. Andererseits unterstehen Staatsangestellte der Befolgungspflicht, indem sie Weisungen und individuelle dienstliche Anordnungen der Vorgesetzten zu befolgen haben⁸⁸⁰.

Absatz 2 von E-Art. 1 verankert eine Wohlverhaltenspflicht den Mitarbeitenden, Vorgesetzten und Dritten gegenüber. Von den Staatsangestellten wird sowohl ein achtungs- und vertrauenswürdiges als auch respektvolles, höfliches, hilfsbereites und zuvorkommendes Verhalten verlangt. Ausschlaggebend für die Norm sind die Phänomene des Mobbing und der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Während Mobbing mehrere Handlungen umfasst, kann eine sexuelle Belästigung schon bei einem einzigen Übergriff vorliegen, wobei diese nicht einmal als schädigend intendiert oder negativ wahrgenommen werden muss. Bei Mobbing müssen die negativen Handlungen wiederholt, über einen längeren Zeitraum sowie in negativer, schädigender Absicht erfolgen. Dementsprechend verbirgt sich hinter dem schädigenden Verhalten begrifflich eine Zusammenfassung unterschiedlichster Erscheinungsformen⁸⁸¹. Eine gesetzliche Definition des Mobbing fehlt. Gestützt auf die Verhaltensforschung und die Arbeitspsychologie definiert das Bundesgericht Mobbing als ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll⁸⁸². Die Phänomene sind in Gerichtsverfahren schwierig nachzuweisen. Nichtsdestotrotz stellen entsprechende Verhaltensmuster eine Störung des Betriebsfriedens dar.

Duldet der Arbeitgeber Mobbing oder sexuelle Verhaltensweisen in seiner Verwaltungseinheit, haftet er für die Vorkommnisse. Die haftungsbegründenden Rechtsgrundlagen finden sich im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes oder den entsprechenden kantonalen Erlassen

⁸⁸⁰ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.2.

⁸⁸¹ POLEDNA, Mobbing, S. 175 f.

⁸⁸² POLEDNA, Mobbing, S. 175 f.; BGer vom 25.1.2011, 8C_446/2010 E. 4.1; BGer vom 6.4.2010, 4A_245/2010 E. 4.2.; BGer vom 22.4.2005, 2A_312/2004 E. 6.2.

einerseits, in Art. 328 OR bzw. Art. 28 ZGB andererseits. Folglich befindet sich die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers bei einem Mobbingfall zu schützen, auf einer übergeordneten Ebene. Der Arbeitgeber muss seiner Fürsorgepflicht nachkommen, indem er Massnahmen zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität seiner Angestellten trifft. Daraus ergeben sich zwei Teilgehalte, die der Arbeitgeber zu beachten hat: „Zunächst muss er sein eigenes Handeln (bzw. dasjenige seiner Angestellten) unter Persönlichkeitsschutzaspekten würdigen. Zum anderen muss er sich auch allfällige Unterlassungen anrechnen lassen, welche es etwa Angestellten ermöglichen, ohne präventive Massnahmen oder sanktionslos Mobbing zu betreiben.“⁸⁸³

Treten Fälle von sexueller Belästigung und Mobbing auf, gehört es in erster Linie zur Führungsverantwortung, zu intervenieren. Bleibt die Führungsperson untätig, macht sich diese im Sinne einer Arbeitspflichtverletzung schuldig. Eine gute Personalführung kann bei früh erkannten Konflikten vermitteln und mit den Parteien nach Lösungsmöglichkeiten suchen. Bleiben aufgezeigte Angebote und ergriffene personalrechtliche Massnahmen erfolglos und das betriebsschädigende Verhalten dauert an, muss geprüft werden, ob gegen die Verursacher des Verhaltens ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung einzuleiten ist⁸⁸⁴.

Absatz 3 von E-Art. 1 regelt die tatsächliche Beeinträchtigung der Amtsführung und hält fest, dass weder das inner- noch das ausserdienstliche Verhalten der Angestellten die Amtsführung konkret beeinträchtigen oder konkret gefährden, noch der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung schaden darf. Das fragliche Verhalten darf nicht dazu führen, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Verwaltung untergraben wird. Nach wie vor besteht ein öffentliches Interesse an der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen und Wirksamkeit staatlicher Aufgabenwahrnehmung, der Sicherstellung der ordnungsgemässen Aufgabenerledigung, einer unparteiischen und unbestechlichen Erledigung der Staatsaufgaben und der Aufrechterhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates⁸⁸⁵.

Eine nähere gesetzliche Umschreibung der Beeinträchtigung der Amtsführung ist nicht möglich. Es bleiben unbestimmte Rechtsbegriffe bestehen, die im Einzelfall durch eine Interessenabwägung zwischen den gesamtgesellschaftlichen Ordnungsinteressen des Arbeitgebers einerseits, und dem Interesse des Arbeitnehmers an der Integrität seiner Grundrechte ande-

⁸⁸³ POLEDNA, Mobbing, S. 175.

⁸⁸⁴ Klar zu trennen ist das personalrechtliche Verfahren wegen Mobbing oder sexueller Belästigung am Arbeitsplatz vom Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung: In Letzterem kommt dem Opfer keine Parteistellung zu. Untersucht wird das Verhalten als Arbeitspflichtverletzung und geschädigt ist die Verwaltungseinheit.

⁸⁸⁵ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.3.2.

rerseits bestimmt werden müssen. Absatz 3 soll aber verdeutlichen, dass allgemeine öffentliche Interessen in der Einheit, Effektivität und Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung sowie in deren Funktionsfähigkeit nicht mehr genügen, um eine Arbeitspflichtverletzung zu begründen, sondern dass nach dem inneren Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Interesse und den Dienstpflichten gefragt werden muss: Die Autorität und Integrität sowie das Funktionieren des Staates muss im Zusammenhang mit der zu erfüllenden Dienstpflicht und deren Verletzung stehen⁸⁸⁶.

Absatz 4 von E-Art. 1 konkretisiert den Einfluss des Arbeitgebers auf das ausserdienstliche Verhalten. Obwohl die Grundrechte auch für Staatsangestellte uneingeschränkt gelten und Mitarbeitende in ihrer persönlichen Lebensgestaltung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung grundsätzlich frei sind, so haben sie doch jene Schranken zu respektieren, die deren besondere dienstrechtliche Stellung erfordert. Der staatliche Arbeitgeber kann aber von seinen Mitarbeitenden nur insoweit ein Verhalten verlangen, als dieses einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit der Betroffenen aufweist: Anforderungen an das ausserdienstliche Verhalten sind nur dann und soweit zulässig, als ein qualifizierter Zusammenhang zur konkreten Amtsführung besteht. Demgemäss kann ein ausserdienstliches Verhalten nur dann zu einer Arbeitspflichtverletzung führen, wenn dieses mit der Funktion, dem Aufgabenbereich, der Verantwortung und der Kompetenz der Angestellten nicht mehr vereinbar ist und die Amtsführung konkret beeinflusst⁸⁸⁷.

Aus der funktionalen Betrachtungsweise lässt sich ableiten, dass bestimmten Berufsgruppen wie Lehrern, Polizeifunktionären, Richtern etc. sowie Mitarbeitenden in Führungspositionen eine erhöhte Verantwortung zukommt. Sowohl Bürgerinnen und Bürger als auch übergeordnete Behörden und Vorgesetzte erwarten von Staatsangestellten bestimmter Fachbereiche und Funktionen gewisse Verhaltensstandards, die auf Charakterfestigkeit und Gesetzestreue beruhen. Ihnen kommt zudem eine Vorbildfunktion zu⁸⁸⁸.

Aufgrund der funktionalen Betrachtungsweise lässt sich zudem herzuleiten, dass weder herrschende Moralvorstellungen, Suchtverhalten noch strafbare Handlungen im Privatleben zwangsläufig zu einer Arbeitspflichtverletzung führen. Erst wenn ein konkreter Zusammen-

⁸⁸⁶ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.3.

⁸⁸⁷ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.3.1.

⁸⁸⁸ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.3.2.

hang mit der dienstlichen Tätigkeit besteht und die Amtsführung konkret beeinträchtigt wird, liegt möglicherweise eine Arbeitspflichtverletzung vor⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.3.3.

2.2 Arbeitspflichtverletzung

2.2.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der die Arbeitspflichtverletzung regelt, könnte folgendermassen lauten:

E-Art. 2 **Arbeitspflichtverletzung**

Als Arbeitspflichtverletzung gelten

- a. eine schuldhaft verübte Verletzung der Arbeitspflicht;
- b. ein schuldhaftes Verhalten ausser Dienst, das mit der Funktion, dem Aufgabenbereich, der Verantwortung und der Kompetenz der/des Angestellten offensichtlich nicht vereinbar ist.

2.2.2 Erläuterung

Da es aufgrund der Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit der Arbeitspflichten von Staatsangestellten unmöglich ist, einzelne Pflichtverletzungen zu normieren und mit konkreten Strafanordnungen zu versehen, soll vorliegende Generalklausel die Arbeitspflichtverletzung allgemein definieren. Es soll festgehalten werden, unter welchen Voraussetzungen ein ausserdienstliches Verhalten zu einer Arbeitspflichtverletzung führen kann, so dass die Grundrechte Betroffener gewahrt bleiben. Wird die Interessenwahrungspflicht wie vorgeschlagen normiert, gilt als Arbeitspflichtverletzung die schuldhafte Verletzung der in E-Art. 1 aufgeführten Arbeits- und Verhaltenspflichten.

Arbeitspflichten sind Verhaltensvorschriften für Staatsangestellte, die in Gesetzen, Verordnungen, Weisungen, Dienstbefehlen und Pflichtenheften geregelt oder mündlich angeordnet werden. Sie sind meist nur unvollkommen beschrieben und eine abschliessende Aufzählung gibt es nicht. Auch Berufspflichten sind Gegenstand der Arbeitspflichten und dienen häufig als Auffangtatbestand⁸⁹⁰.

Werden Verhaltensvorschriften durch ein pflichtwidriges Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen verletzt, gilt dies als Arbeitspflichtverletzung. Möglich ist aber, dass verschiedene Gründe pflichtwidriges Verhalten rechtfertigen. Eine analoge Anwendung strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe ist indes nicht möglich, weshalb im Einzelfall durch eine Interessenabwägung beurteilt werden muss, ob die Arbeitspflichtverletzung unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt war. Auch das strafrechtliche Konstrukt des Versuches kann nicht übernommen werden; eine versuchte Arbeitspflichtverletzung stellt meist bereits eine vollen-

⁸⁹⁰ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 3.1.

dete Pflichtverletzung dar⁸⁹¹. Ebenfalls können Staatsangestellte nur wegen der von ihnen selbst begangenen eigenen Pflichtverletzungen belangt werden: Die strafrechtlichen Teilnahmeformen und Mittäterschaft sind bei der Arbeitspflichtverletzung bedeutungslos.

Wird mehr als eine Pflichtverletzungen verübt, sollen diese zusammengefasst und als Einheit gewürdigt werden, da die Persönlichkeit und das Verhalten ganzheitlich zu beurteilen sind. Möglich ist, dass eine Pflichtverletzung alleine einen gewissen Unrechtswert nicht erreicht, gesamthaft gesehen, d.h. die Anzahl, die Dauer und die Häufigkeit der Arbeitspflichtverletzungen zusammengefasst, aber als schwer zu wiegen sind.

Die Pflichtverletzung muss einen gewissen Unrechtsgehalt aufweisen und damit genügen, das berufserforderliche Ansehen oder das Vertrauen in die Verwaltung zu beeinträchtigen. Fehlt der Arbeitspflichtverletzung die nötige Intensität, handelt es sich um eine Bagatelverfehlung oder einen Arbeitsfehler. Darauf adäquat zu reagieren ist eine Führungsaufgabe und liegt in der Verantwortung des direkten Vorgesetzten.

E-Art. 2 lit. a hält an der mit der disziplinarischen Verantwortlichkeit in Verbindung stehenden ‚Schuldhaftigkeit‘ fest: Staatsangestellte sollen persönlich für die Folgen des eigenen rechtlichen und schuldhaft verübten Fehlverhaltens einstehen. Sie sollen die Konsequenzen für absichtlich oder fahrlässig verübte Pflichtverletzungen tragen, indem sie mit Massnahmen belegt werden, die den Vollzug der Aufgaben wieder sicherstellen.

Wer vorsätzlich handelt, handelt mit Wissen und Willen. Auch wer nicht für sicher hält, sondern es bloss als möglich erachtet, dass das Verhalten den Tatbestand einer Arbeitspflichtverletzung erfüllt, handelt vorsätzlich (Eventualvorsatz). Das allgemeine Wissen um die Pflicht genügt; Staatsangestellte brauchen die genaue Vorschrift in ihren Einzelheiten nicht zu kennen. Auch genügt, wenn Betroffene die Pflichtwidrigkeit bei zureichender Anstrengung hätten erkennen können. Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt ausser Acht lässt, zu der er nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet und nach den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten im Stande ist⁸⁹².

Gemäss E-Art. 2 lit. a kann auch ein ausserdienstliches Verhalten unter Berücksichtigung besonderer Voraussetzungen zu einer Pflichtverletzung führen. Ob es sich um ein ausser-

⁸⁹¹ Bei einer versuchten Arbeitspflichtverletzung muss im Einzelfall abgewogen werden, ob das Verhalten betrieblich relevant war und ob Massnahmen zur Sicherstellung des einwandfreien Aufgabenvollzugs notwendig sind. Wenn ja, ist von einer Arbeitspflichtverletzung auszugehen, auch wenn der Erfolg ev. nicht eingetreten ist. War das Verhalten leichtfertig und betrieblich unbedeutend, sollen personalrechtliche Massnahmen ergriffen werden.

⁸⁹² Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 3.2.

oder innerdienstliches Verhalten handelt, bestimmt dabei die Rechtsnatur der verletzten Pflicht. Folgt die verletzte Norm aus der allgemeinen Rechtsordnung, wie sie für jede Bürgerin und jeden Bürger gilt, so handelt es sich um ein ausserdienstliches Verhalten. Um ein innerdienstliches Verhalten handelt es sich, wenn Staatsangestellte nur aufgrund der dienstlichen Tätigkeit oder unter Ausnutzung dienstlicher Möglichkeiten in der Lage waren, den zur Last gelegten Sachverhalt zu verwirklichen und gleichzeitig eine Arbeitspflichtverletzung zu begehen. Innerdienstlich ist eine Verhaltensweise aber auch dann, wenn sie nicht gezielt auf die Ausübung der Staatstätigkeit gerichtet ist, sondern während der Ausübung der staatlichen Tätigkeit stattfindet. Unter diesen Umständen besteht ein dienstlicher Zusammenhang, indem die Arbeitszeit missbraucht und die Staatstätigkeit vernachlässigt wird⁸⁹³.

Die Grundrechte gelten auch für Staatsangestellte uneingeschränkt. Demzufolge ist das Privatleben der Staatsangestellten nicht Sache des Arbeitgebers. Aufgrund des Sonderstatusverhältnisses und dem öffentlichen Interesse kann aber das ausserdienstliche Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen für den Arbeitgeber bedeutsam sein. Allerdings dürfen die persönlichen Rechte der Staatsangestellten ausserhalb des Dienstes nur soweit eingeschränkt werden, wie es der Zweck der Amtsführung erfordert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn a) ein ausserdienstliches Fehlverhalten die Amtsführung konkret beeinflusst, b) die fehlbare Verhaltensweise eine konkret belegbare Gefährdung des Dienstbetriebes darstellt oder, c) das ausserdienstliche Verhalten dazu geeignet ist, die Glaubwürdigkeit der Verwaltung in Frage zu stellen. Diese Voraussetzungen können nur dann erfüllt sein, wenn das ausserdienstliche Verhalten mit der Funktion, dem Aufgabenbereich, der Verantwortung und der Kompetenz der/des Angestellten offensichtlich nicht vereinbar ist. Daraus folgt, dass für bestimmte Berufsgruppen (z.B. Polizisten, Richter und Lehrer) sowie Kaderfunktionäre ein strengerer Massstab an das Verhalten im und ausserhalb des Dienstes geknüpft wird⁸⁹⁴.

Die funktionale Betrachtungsweise (das ausserdienstliche Verhalten muss sich auf die dienstlichen Aufgaben, die Stellung und die Verantwortung jedes einzelnen Staatsangestellten beziehen) gilt auch bei Suchtverhalten und strafbaren Handlungen im Privatleben: Ein Suchtverhalten stellt erst dann eine Arbeitspflichtverletzung dar, wenn sich dieses unmittelbar negativ auf die dienstliche Tätigkeit auswirkt. Und erst wenn ein begangenes Delikt im Privatleben oder die Tatsache einer Verurteilung als solches die Amtstätigkeit konkret beeinträchtigt, kann von einer Arbeitspflichtverletzung ausgegangen werden⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.2.4.

⁸⁹⁴ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.3.3.

⁸⁹⁵ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 2.2.3.2. und Ziff. 2.3.3.3.

2.3 Massnahmen

2.3.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der die Massnahmen regelt, könnte folgendermassen lauten:

E-Art. 3 **Massnahmen**

¹Um nach einer Arbeitspflichtverletzung den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder sicherzustellen, können folgende Massnahmen angeordnet werden:

- a. Schriftlicher Verweis
- b. Änderung des Aufgabenkreises
- c. Rückstufung
- d. Versetzung
- e. Kündigung
- f. Berufsausübungsverbot

²Wurden mehrere Arbeitspflichtverletzungen begangen, werden diese zusammengefasst beurteilt.

³Die Massnahmen können mit Auflagen verknüpft werden, die im Interesse der Betroffenen oder des Dienstes liegen.

2.3.2 Erläuterung

Massnahmen sind pönale verwaltungsrechtliche Sanktionen, die in den verschiedensten Arten Pflichten und Beschränkungen von Rechten beinhalten, die Staatsangestellte in der Folge von Arbeitspflichtverletzungen auferlegt werden können. Pönale Massnahmen stellen eine Ersatzlösung dar, durch die dem Staatsangestellten Nachteile auferlegt werden, in der Erwartung, dass dadurch in Zukunft die Pflicht erfüllt und rechtmässiges Verhalten erreicht werden kann. Folglich kommt pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen eine präventive Wirkung zu⁸⁹⁶.

Massnahmen sind Sanktionen und keine Strafen im Rechtssinn, weshalb sie keinen vergeltenden und somit punitiven Charakter aufweisen. Ihnen kommt vielmehr ein lenkender Charakter zu; sie dienen dazu, den geordneten Aufgabenvollzug in der Verwaltung sicherzustellen, weshalb sie an die dienstliche Stellung der Betroffenen anknüpfen. Durch Massnahmen werden Ansprüche und Pflichten geändert oder aufgehoben, die aufgrund des öffentlichen Dienstverhältnisses bestehen.

⁸⁹⁶ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 4.1.2. und Ziff. 4.1.3.

Auch wenn verwaltungsrechtliche Massnahmen grundsätzlich milder sind als die im Strafrecht vorgesehenen Sanktionen, so greifen sie doch wesentlich in geschützte Rechtspositionen der Staatsangestellten ein, mit teils weitreichenden Konsequenzen. Bei den Betroffenen lösen Massnahmen oft eine strafähnliche Wirkung aus, obwohl deren Funktion überwiegend in der Spezial- und Generalprävention zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Ansehen liegt und sie gerade eben keinen vergeltenden Charakter aufweisen. Nicht zu widerlegen ist, dass es sich bei den Massnahmen um verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahmen handelt. Sie dienen dazu, Druck auf die Staatsangestellten auszuüben, um sie zu veranlassen, ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen und sich in Zukunft standesgemäss zu verhalten. Es soll verhindert werden, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt.

Massnahmen, die in die Grundrechte der Staatsangestellten eingreifen, müssen in den Grundzügen im formellen Gesetz verankert sein. Folglich sollen die zulässigen Massnahmen abschliessend aufgezählt werden. Für die Bemessung gilt der Ermessensgrundsatz: Die Massnahme hat verhältnismässig zu sein und ist so zu wählen, dass der geordnete Vollzug der Aufgaben wieder sichergestellt ist. Die Betroffenen haben die entsprechenden Konsequenzen zu tragen. Überdies soll dazu ermahnt werden, Arbeitspflichten in Zukunft nachzukommen.

Gemäss E-Art. 3 Abs. 1 sind folgende Massnahmen vorgesehen⁸⁹⁷:

- a. Als schwächste Massnahme ist der schriftliche Verweis vorgesehen. Der Verweis dient dazu, eine Arbeitspflichtverletzung hoheitlich festzustellen und das pflichtwidrige Verhalten formell zu rügen. Fehlbare sollen durch den Verweis in der Ehre getroffen, eindringlich an die Arbeitspflichten ermahnt und zur Einsicht gebracht werden. Der Verweis bewirkt einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der Betroffenen; er beeinträchtigt nicht nur die Berufsehre und die Glaubwürdigkeit bei Klienten, Kollegen und Behörden, sondern auch die Stellung der Betroffenen in einem zukünftigen Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung. Im Wiederholungsfall kann ein Verweis zu schärferen Massnahmen führen.
- b. E-Art. 3, lit. b ermöglicht die Änderung des Aufgabenkreises. Betroffene werden weiterhin zu den gleichen Bedingungen, aber mit anderen Aufgaben beschäftigt. Das Aufgabengebiet wird dahingehend angepasst, dass der sichere Vollzug der Aufgaben gewährleistet und das Vertrauen der Bevölkerung in das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung wieder hergestellt ist. Die Massnahme kann befristet werden.

⁸⁹⁷ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 4.2.2.

- c. Bei der Rückstufung handelt es sich um eine Lohnkürzung. Die Lohnkürzung hat im Rahmen der für die Lohnklassen massgebenden Ansätze zu erfolgen in welchem der bzw. die Betroffene in eine tiefere Stufe zurückversetzt wird. Die Lohnkürzung ist zu befristen.
- d. Die Versetzung stellt einen bedeutenden Eingriff in die Rechtsposition der Staatsangestellten dar, da Betroffenen ein anderer Pflichtenkreis zugeteilt und/oder ein anderer Arbeitsort oder Arbeitsplatz zugewiesen wird. Auch um eine Versetzung handelt es sich, wenn die Aufgaben der bisherigen Stelle in einem solchen Ausmass geändert wurden, dass die Stelle im Ergebnis zu einer anderen umfunktioniert wurde.

Eine Versetzung berührt den Rang und den Lohn des Fehlbaren nicht. Sie ist dann sinnvoll, wenn die Arbeitspflichtverletzung die Belassung des bzw. der Betroffenen an der bisherigen Stelle als unzuträglich oder für die Dienststelle und die Mitarbeitenden als unzumutbar erscheinen lässt. Versetzungen können vorübergehend oder dauerhaft erlassen werden. An eine vorübergehende Versetzung sind nicht die gleichen Voraussetzungen zu stellen, wie an eine dauerhafte Versetzung. Die vorübergehende Versetzung ist eine Sofortmassnahme und dient neben der Sicherung des Aufgabenvollzugs dem reibungslosen Verfahrensablauf wegen Arbeitspflichtverletzung.

Wird die Versetzung als Dauermassnahme angeordnet, muss die neue Stellung der Ausbildung, den Fähigkeiten, der bisherigen Tätigkeit und beruflichen Stellung sowie den persönlichen Verhältnissen des Angestellten entsprechen bzw. angemessen Rechnung tragen. Bei der dauerhaften Versetzung ist eine Lohneinbusse möglich. Diese darf allerdings nicht allzu gross sein. Die neue Anstellung muss in erreichbarer Distanz zum Wohnort liegen. Nicht erforderlich ist die Gleichwertigkeit der zugeteilten und der bisherigen Stelle. Ausgeschlossen sind Versetzungen als Dauermassnahmen, welche es den Angestellten nicht mehr erlauben, ihre erworbenen Fähigkeiten zur Anwendung zu bringen oder wenn die bisherigen Zuständigkeiten und Kompetenzen eines Staatsangestellten in einem solchen Mass beschnitten werden, dass – von aussen betrachtet – eine wesentliche Abwertung gegenüber der bisherigen Funktion vorliegt. Sind die Voraussetzungen der Versetzung nicht erfüllt, handelt es sich um eine Änderungskündigung.

- e. Eine Kündigung kann ordnungsgemäss oder fristlos erfolgen. Wird im Rahmen eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung entschieden, dass Betroffenen gekündigt werden soll, ist nach dem personalrechtlichen Kündigungsverfahren vorzugehen. Das Kündigungsverfahren ist sowohl auf Bundesebene als auch in den Kantonen gesetzlich verankert und weist eine umfangreiche Rechtsprechung auf. Ein abweichendes Kündigungsverfahren aufgrund eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung lässt sich nicht begrün-

den. Dies hat nicht zur Folge, dass zukünftig nur dann gekündigt werden kann, wenn der Kündigung ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung vorausgeht. Vielmehr ist am personalrechtlichen Kündigungsverfahren festzuhalten. Möglich ist, dass sich aus einem Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung ein Kündigungsgrund ergibt, der dann als Grundlage für das personalrechtliche Kündigungsverfahren gilt.

- f. Das befristete oder, bei besonders gravierenden Verstößen gegen die Arbeitspflichten, definitive Berufsausübungsverbot stellt die strengste Massnahme dar. Ein dauerndes Berufsausübungsverbot kann nur ausgesprochen werden, wenn aufgrund einer Gesamtbewertung der bisherigen Berufstätigkeit eine andere Sanktion als ungenügend erscheint, um für die Zukunft ein korrektes Verhalten zu gewährleisten. Ein Berufsausübungsverbot kann nur ausgesprochen werden, wenn es durch eine Spezialgesetzgebung vorgesehen und geregelt ist.

Da die schriftliche Verwarnung und der schriftliche Verweis kaum voneinander zu unterscheiden sind, wird auf die schriftliche Verwarnung verzichtet. Da die Rückstufung eine Lohnneinbusse zur Folge hat, wird auf Bussen im Massnahmensystem verzichtet.

Von den obgenannten Massnahmen im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung zu unterscheiden sind die vorsorglichen Massnahmen, die sowohl beim Bund als auch in den Kantonen in den Personalgesetzen verankert sind. Merkmal vorsorglicher Massnahmen ist das sofortige Handeln. Die Massnahme knüpft nicht an einen feststehenden Sachverhalt an, sondern wird ergriffen, noch bevor ein formeller Entscheid gefällt wurde. Vorsorgliche Massnahmen können vom Arbeitgeber jederzeit erlassen werden, wenn genügend Hinweise vorliegen, dass ein wichtiger Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht oder wenn wegen eines Verbrechens oder Vergehens ein Strafverfahren eingeleitet worden ist. Vorsorgliche Massnahmen bedingen kein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung. Möglich aber ist, dass sich aufgrund eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung vorsorgliche Massnahmen aufdrängen⁸⁹⁸.

E-Art. 3 Abs. 2 verankert den Grundsatz der Einheit der Arbeitspflichtverletzung: Beim Zusammentreffen mehrerer Dienstpflichtverletzungen soll grundsätzlich nur eine Massnahme verhängt werden. Vermieden werden soll, dass verschiedene Arbeitspflichtverletzungen mit unterschiedlichen Einzelmassnahmen belegt werden.

E-Art. 3 Abs. 3 soll sicherstellen, dass mit den Massnahmen Auflagen verknüpft werden können, die im Interesse des Mitarbeitenden und/oder des Dienstes liegen. Die Auflagen müssen

⁸⁹⁸ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.2.

in direktem Zusammenhang zur Arbeitspflichtverletzung stehen und der Sicherstellung des Aufgabenvollzugs und/oder der Durchführung des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung dienen. Die Auflagen können auch zum Schutz von Selbst- und Drittgefährdung auferlegt werden. Zu denken ist beispielsweise an ein Hausverbot oder die vorläufige Abgabe der Dienstwaffe bei Polizeifunktionären. Auflagen wie Coaching und Weiterbildungen sollen im personalrechtlichen Verfahren verhängt werden (Zielvereinbarung etc.). Sie sind nicht Gegenstand des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung. Besondere gesetzliche Bestimmungen wie im Gesetz über die Administrativmassnahmen bei Lehrpersonen an der Volksschule und an den Mittel- und Berufsschulen vom 16. Mai 2011 bleiben vorbehalten.

2.4 Ermessensgrundsatz

2.4.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der das Ermessen regelt, könnte folgendermassen lauten:

E-Art. 4 *Ermessensgrundsatz*

¹Ob eine Pflichtverletzung zu verfolgen ist und welche Massnahmen ergriffen werden, ergeht nach pflichtgemäsem Ermessen.

²Die Art der Massnahme richtet sich nach der Schwere der Arbeitspflichtverletzung und dem Verschulden der Angestellten.

³Die Funktion, das bisherige Verhalten und die persönlichen Verhältnisse der Angestellten sind angemessen zu berücksichtigen.

2.4.2 Begründung

Wie im damaligen Disziplinarrecht soll auch im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung am Opportunitätsprinzip festgehalten werden. Im Gegensatz zum Legalitätsprinzip, in welchem ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung zwingend einzuleiten wäre, sobald ein konkreter Anfangsverdacht auf eine Arbeitspflichtverletzung besteht, überlässt das Opportunitätsprinzip der zuständigen Behörde die Entscheidung nach pflichtgemäsem Ermessen tätig zu werden. Minimale Leitlinien der Bemessung sollen vorgeschrieben werden, um ein systematisches Vorgehen zu erleichtern und Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit sicherzustellen⁸⁹⁹.

E-Art. 4 Abs. 1 hält gesetzlich fest, dass die Entscheidung, ob ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung eingeleitet wird oder nicht und welche Massnahmen dabei ergriffen werden, im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörde liegt. Dies selbst dann, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind, um ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung durchzuführen.

Dadurch, dass das Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform, ausgeführt werden muss, sind die zuständigen Behörden an das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen gebunden. Ferner verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass nur angeordnet wird, was erforderlich ist, um den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder herzustellen und die fehlbaren Mitarbeiter zur Pflicht zu rufen. Die Massnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu Art und

⁸⁹⁹ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 4.3.1.

Schwere der begangenen Pflichtwidrigkeit stehen und dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Störung des geordneten Ganges der Rechtspflege zu verhindern⁹⁰⁰.

Demgemäss konkretisiert E-Art. 4 Abs. 2, dass sich die Art der Massnahme nach der Schwere und dem Verschulden der bzw. des Fehlbaren richtet. Die Schwere beurteilt sich nach der Eigenart und der Bedeutung der Arbeitspflichtverletzung, den besonderen Umständen sowie die Häufigkeit und Dauer bei sich wiederholendem und/oder anhaltendem Fehlverhalten. Abzuwägen sind weiter die Form und das Gewicht des Verschuldens sowie die Beweggründe der Betroffenen.

Ebenfalls zu berücksichtigen sind die unmittelbaren Folgen der Arbeitspflichtverletzung für den dienstlichen Betrieb und Dritte; wesentlich sind das Mass der Vertrauensbeeinträchtigung und der Ansehensverlust. Einerseits muss erwogen werden, inwieweit Vorgesetzte trotz innerdienstlichem Vertrauensverlust darauf vertrauen können, dass Staatsangestellte in Zukunft ihren Arbeitspflichten ordnungsgemäss nachkommen werden. Andererseits muss bedacht werden, in welchem Umfang die Allgemeinheit nach dem ausserdienstlichen Ansehensverlust auf eine zukünftige pflichtgemässe Amtsausübung vertrauen kann.

E-Art. 4 Abs. 3 gibt vor, dass bei der Bemessung die Funktion, das bisherige Verhalten, die Beweggründe und die persönlichen Verhältnisse der Fehlbaren angemessen zu berücksichtigen sind. Dadurch wird dem Persönlichkeitsbild erhebliche Bedeutung beigemessen, da dieses Grundlage für eine Prognose des zukünftigen Verhaltens der Staatsangestellten bildet. Aufgrund des Persönlichkeitsbildes soll beurteilt werden, ob Betroffene für den öffentlichen Dienst untragbar sind oder ob sie mittels Massnahmen an ihre Pflichten erinnert werden können.

⁹⁰⁰ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 4.3.2.

2.5 Verjährung

2.5.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der die Verjährung regelt, könnte folgendermassen lauten:

E-Art. 5 *Verjährung*

¹Die Verfolgung von Arbeitspflichtverletzungen verjährt zwei Jahre nach Entdeckung des pflichtwidrigen Verhaltens.

²Die Verfolgung von Arbeitspflichtverletzungen verjährt in jedem Fall fünf Jahre nach dem Vorfall. Mit erstinstanzlichem Entscheid tritt die Verjährung nicht mehr ein.

³Wird ein Strafverfahren eingeleitet, so gelten die strafrechtlichen Verjährungsfristen, wenn sie länger sind.

⁴Die Verjährung ruht bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens.

⁵Wird gegen einen Angestellten ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung durchgeführt, so kann zur Beurteilung der von dieser Person auszugehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit auch Sachverhalte berücksichtigt werden, die verjährt sind.

2.5.2 Erläuterung

Ist seit der Pflichtverletzung geraume Zeit verstrichen, funktioniert die Verwaltung seither einwandfrei und der bzw. die Betroffene hat sich seitdem ordnungsgemäss verhalten, so besteht kein öffentliches Interesse mehr an der Durchführung eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung und der Ergreifung von Massnahmen. Ist es gleichwohl notwendig, die Situation als solche zu untersuchen, um Missstände bei der Aufgabenerfüllung und deren Ursachen zu klären, kann eine Administrativuntersuchung eingeleitet werden, die nicht isoliert die Pflichtverletzung untersucht, sondern vielmehr die Umständen und vermutete Mängel in der Verwaltungseinheit klärt⁹⁰¹.

Gemäss E-Art. 5 Abs. 1 verjährt die Arbeitspflichtverletzung zwei Jahre nach deren Entdeckung (relative Verjährungsfrist). Die Frist beginnt dann zu laufen, wenn Vorgesetzte den Fehler entdecken. Ein unbestimmter Verdacht genügt dagegen nicht; Vorgesetzten muss ein hinreichender Verdacht auf eine Arbeitspflichtverletzung vorliegen. Dass die Untersuchungsbehörde davon Kenntnis erhält, ist für den Fristenlauf nicht erforderlich. Die relative Verjährungsfrist dient der Rechtssicherheit und dem Schutz der Staatsangestellten. Die Frist soll bewirken, dass der Fall umgehend an die Hand genommen wird. In nützlicher Zeitspanne soll

⁹⁰¹ Vgl. dazu Kap. 3 Ziff. 3.3.

für alle Betroffenen Klarheit über das Vorgefallene und das weitere Vorgehen geschaffen werden. Durch die relative Verjährungsfrist soll verhindert werden, dass Betroffene jahrelang in Ungewissheit bleiben, ob gegen sie doch noch ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung eingeleitet wird.

Die absolute Verjährung ist in E-Art. 5 Abs. 2 festgehalten. Die Arbeitspflichtverletzung verjährt auf alle Fälle fünf Jahre nach der Begehung der letzten Arbeitspflichtverletzung. Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass eine Untersuchung, aber auch Massnahmen obsolet sind, wenn nach fünf Jahren seit der Arbeitspflichtverletzung das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung gewährleistet und die Integrität und Leistungsfähigkeit der Betroffenen sichergestellt ist. Ferner kommt als Motiv der Verjährungsregelung die mit dem Zeitablauf wachsende Beweiserschwerung hinzu. Ohnehin gestaltet sich die Beweisbeschaffung und Sicherung im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung mangels strafprozessualer Möglichkeiten als schwierig. Sind seit der Arbeitspflichtverletzung zudem mehrere Jahre verstrichen, ist eine rechtsgenügende Beweiserhebung mit den Mitteln des Verwaltungsrechts nicht mehr realisierbar.

Die Verjährungsfrist soll gemäss E-Art. 5 Abs. 2 Satz 2 allerdings mit erstinstanzlichem Entscheid nicht mehr eintreten. Dadurch kann an den kurzen Verjährungsfristen festgehalten werden, ohne dass die Gefahr besteht, dass Arbeitspflichtverletzungen mehrheitlich verjähren, nur weil der Rechtsmittelweg eingeschlagen wird.

Wird ein Strafverfahren eingeleitet, so gelten gemäss Absatz 3 die strafrechtlichen Verjährungsfristen, wenn sie länger sind.

Gemäss E-Art. 5 Abs. 4 ruht die Verjährung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens. Dies ist deshalb sinnvoll, weil in der Regel der Entscheid wegen einer Arbeitspflichtverletzung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens aufgeschoben werden soll (Vorrang des Strafverfahrens). Wird mit dem Verfahren wegen einer Arbeitspflichtverletzung bis zum Erlass des rechtskräftigen Urteils gewartet, können widersprüchliche Entscheidungen in Verfahren vermieden, Doppelspurigkeiten verhindert und die Verfahrenseffizienz gesteigert werden. Trotz Unterbrechung tritt die absolute Verfolgungsverjährung von fünf Jahre nach Geschehen des Vorfalls ein. Bei strafbaren Handlungen gilt die vom Strafrecht vorgesehene längere Verjährungsfrist. Droht die Arbeitspflichtverletzung aufgrund der an-

dauernden Strafuntersuchung zu verjähren⁹⁰², kann das Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung abgeschlossen und Massnahmen ausgesprochen werden, bevor ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

E-Art. 5 Abs. 5 ermöglicht den zuständigen Behörden, im Rahmen eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung auch verjährte Vorfälle zu berücksichtigen. Damit soll der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit durch das Verhalten von Staatsangestellten umfassend Rechnung getragen werden können. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn durch die Verhängung eines Beschäftigungsverbotes oder einer ähnlich einschneidenden Massnahme präventiv eine zukünftige Gefährdung durch Staatsangestellte verhindert werden soll.

⁹⁰² Dies ist beispielsweise dann möglich, wenn das in Frage kommende Delikt auch im Strafverfahren keine längere Verjährungsfrist kennt.

2.6 Verhältnis zum Strafverfahren

2.6.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der das Verhältnis zum Strafverfahren regelt, könnte folgendermassen lauten:

E-Art. 6 *Verhältnis zum Strafverfahren*

¹Führt der gleiche Sachverhalt zu einem Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung und einem Strafverfahren, so kann der Entscheid wegen Arbeitspflichtverletzung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens aufgeschoben werden.

²Ein im rechtskräftigen Urteil eines Strafverfahrens festgestellter Sachverhalt ist im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung bindend.

³Wird der Zweck einer in Frage stehenden Massnahme wegen Arbeitspflichtverletzung schon durch das Strafurteil erreicht, so ist auf sie zu verzichten.

2.6.2 Erläuterung

Die Bestimmung soll das Zusammentreffen vom Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung mit dem Strafverfahren klären, wenn den Verfahren die gleiche Person und der gleiche Sachverhalt zugrunde liegen.

Ziel von E-Art. 6 Abs. 1 ist, den Vorrang des Strafverfahrens gesetzlich festzulegen: Das Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung soll bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens vorläufig sistiert werden. Die Aussetzung dient der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit, indem vermieden werden soll, widersprüchliche Entscheidungen in Verfahren zu treffen, denen der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt. Überdies stehen den Strafverfolgungsbehörden durch die Strafprozessordnung effektivere Mittel der Sachverhaltsabklärung zur Verfügung, was die Beweissicherung in Verfahren betreffend Arbeitspflichtverletzungen entlastet. Weiter wird den Betroffenen durch die vorläufige Sistierung des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung ermöglicht, sich jeweils auf nur ein Verfahren konzentrieren zu müssen, folgen diese doch verschiedenen Prozessregeln und sind in Ziel, Zweck, Bedeutung und Konsequenz grundlegend voneinander zu unterscheiden. Auch dient der Vorrang des Strafverfahrens dazu, das Spannungsverhältnis zwischen der Mitwirkungspflicht und dem Schweigerecht zu entschärfen⁹⁰³.

⁹⁰³ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 3.2.

Um eine flexible Anwendung der vorläufigen Sistierung im Einzelfall zu ermöglichen, soll durch die Kann-Vorschrift auf einen Aussetzungszwang verzichtet werden. Folglich kann auch vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens über Massnahmen wegen einer Arbeitspflichtverletzung entschieden werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein wichtiger Grund wäre beispielsweise die Verhinderung der Verjährung.

Gemäss E-Art. 6 Abs. 2 soll ein im rechtskräftigen Urteil festgestellter Sachverhalt im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung bindend sein. Gemäss ständiger Rechtsprechung haben die Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden grundsätzlich auf die tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung von Parteien und Einvernahmen von Zeugen ergangen ist. Die Bindungswirkung erfasst den Sachverhalt sowie die Feststellung zur Schuldfähigkeit und Schuldform, nicht aber die rechtliche Würdigung. Die Bindungswirkung hat zur Folge, dass beispielsweise bei einem Freispruch nur noch ein Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung geführt bzw. fortgesetzt werden kann, welches eine Pflichtverletzung untersucht, welche nicht vollumfänglich den Tatbestand einer Straftat erfüllt⁹⁰⁴.

E-Art. 6 Abs. 3 soll ermöglichen, auf eine Massnahme wegen Arbeitspflichtverletzung zu verzichten, wenn deren Zweck bereits durch das Strafurteil erfüllt ist. Ist der geordnete Vollzug der Aufgaben wieder her- und sichergestellt und erfüllt das Strafurteil bereits den Zweck, den Betroffenen dazu zu ermahnen, sich zukünftig rechtmässig und pflichtgemäss zu verhalten, so liegt es im Ermessen der Behörde, zu entscheiden, ob beispielsweise ein schriftlicher Verweis noch notwendig und sinnvoll wäre.

⁹⁰⁴ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 3.2.2.

2.7 Informationspflicht

2.7.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der die Informationspflicht regelt, könnte wie folgt lauten:

E-Art. 7 *Informationspflicht*

¹Die Strafbehörden informieren die Verwaltungsbehörden über die Eröffnung und den Abschluss von Strafuntersuchungen, die Anordnung von Untersuchungshaft sowie Strafurteile betreffend Verbrechen oder Vergehen, wenn dies zur Durchführung eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung erforderlich ist.

²Die Strafbehörden gewähren der mit der Arbeitspflichtverletzung befassten Behörde auf begründetes Gesuch hin Akteneinsicht in laufende und abgeschlossene Strafverfahren.

2.7.2 Erläuterung

Die Informationspflicht stützt sich auf Art. 75 Abs. 4 der Strafprozessordnung, in welchem festgehalten wird, dass Bund und Kantone die Strafbehörden zu weiteren Mitteilungen an Behörden verpflichten oder berechtigen können. Zukünftig sollen die Strafverfolgungsbehörden auch dann zur Mitteilung an andere Behörden verpflichtet werden, wenn die Informationen erforderlich sind, um ein Verfahren wegen einer schwerwiegenden Arbeitspflichtverletzung durchzuführen. Die Bestimmung dient der schnellen Erfassung und Abklärung von Arbeitspflichtverletzungen und ermöglicht, vorsorgliche Massnahmen zu treffen, um den Aufgabenvollzug sicherzustellen. Ferner bezweckt die Bestimmung, Verfahren dank der Gewährung von Akteneinsicht effizient durchzuführen.

Voraussetzung für die Informationspflicht ist, dass das vorgeworfene Verhalten so schwer wiegt, dass eine Gefahr für Leib und Leben oder der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit bestehen könnte, sollte der bzw. die Staatsangestellte wie bis anhin in der Verwaltung beschäftigt bleiben. Während in verschiedenen Gesetzen Aspekte der Mitteilungsrechte und –pflichten geregelt werden, fehlt eine greifbare gesetzliche Norm, die konkret den Datenaustausch zwischen der Strafuntersuchung und dem Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung regelt.

E-Art. 7 Abs. 1 schreibt vor, dass Strafbehörden den Verwaltungsbehörden die Eröffnung und den Abschluss von Strafuntersuchungen, die Anordnung von Untersuchungshaft sowie Strafurteile betreffend Verbrechen oder Vergehen melden, wenn dies zur Durchführung eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung erforderlich ist. Ein Verfahren ist erforderlich,

wenn das inner- oder ausserdienstliche Verhalten des Staatsangestellten mit seiner Funktion, seinem Aufgabenbereich, seiner Verantwortung und seiner Kompetenz unvereinbar ist und das fragliche Verhalten die Amtsführung konkret beeinträchtigt, konkret gefährdet oder der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung schadet. Im Einzelfall muss die Strafbehörde abwägen, ob die Wahrung der Grundrechte der Staatsangestellten höher zu gewichten sind als die Weitergabe der Informationen an die Verwaltungseinheit, die dazu dient, eine drohende Gefahr für Leib und Leben abzuwenden oder den notwendigen Schutz anderer Rechtsgüter wie beispielsweise die öffentliche Sicherheit und Gesundheit zu gewährleisten.

Meldet beispielsweise die Strafbehörde der Verwaltungsbehörde die Eröffnung einer Strafuntersuchung, ist im Rahmen eines Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung zu prüfen, ob vorsorgliche Massnahmen (Versetzung, vorsorgliche Einstellung im Amt etc.) zu ergreifen sind. Ansonsten gilt auch in diesen Fällen grundsätzlich der Vorrang des Strafverfahrens, was zur Folge hat, dass der Entscheid wegen Arbeitspflichtverletzung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens aufgeschoben werden soll. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt, weshalb Betroffene nicht ohne gesetzlichen Schuldnachweis als schuldig bezeichnet oder als schuldig behandelt werden dürfen.

Von der aktiven Informationspflicht der Strafbehörden zu unterscheiden ist das Ersuchen der Verwaltungsbehörde um Akteneinsicht. Gemäss E-Art. 7 Abs. 2 gewähren die Strafbehörden der mit der Arbeitspflichtverletzung befassten Behörde auf begründetes Gesuch hin Akteneinsicht in laufende und abgeschlossene Strafverfahren. Während Art. 101 Abs. 2 StPO bereits festhält, dass andere Behörden die Akten einsehen können, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, soll diese Bestimmung zukünftig auch bei abgeschlossenen Strafverfahren angewendet werden. Gegenwärtig untersteht die Akteneinsicht bei abgeschlossenen Strafverfahren dem Datenschutzgesetz. Dies hat zur Folge, dass der Austausch von Personendaten nur dann zulässig ist, wenn die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. ‚Unentbehrlich‘ wird dabei so eng ausgelegt, dass die Akten nicht herausgegeben werden können, wenn diese die Aufgabenerfüllung des ersuchenden öffentlichen Organs lediglich erleichtert oder beschleunigt. Da nicht ersichtlich ist, weshalb das Vorgehen bei Begehren um Akteneinsicht während und nach dem Abschluss des Verfahrens anderen Regeln folgen soll, soll die Strafbehörde zukünftig auch über die Herausgabe von Akten in abgeschlossenen Verfahren gestützt auf die Strafprozessordnung entscheiden. Bei

der Aktenherausgabe bei abgeschlossenen Strafverfahren soll analog hängiger Verfahren vorgegangen werden. Die Strafbehörde trifft die erforderlichen Massnahmen, um Missstände und Verzögerungen zu verhindern und berechnigte Geheimhaltungsinteressen zu schützen (vgl. Art. 102 StPO). Mit dieser angepassten gesetzlichen Grundlage wird für den Austausch oder die Bekanntgabe von besonderen Personendaten eine ausreichend bestimmte Regelung in einem formellen Gesetz geschaffen.

2.8 Grundsätze

2.8.1 Gesetzesvorschlag

Ein Gesetzesartikel, der die Grundsätze regelt, könnte wie folgt lauten:

E-Art. 8 **Grundsätze**

¹Die Durchführung des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung richtet sich grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz.

²Jede Person gilt bis zum Erlass der rechtskräftigen Verfügung als unschuldig.

³Das Untersuchungsorgan weist die Betroffenen darauf hin, dass sie die Aussage nur verweigern können, wenn sie sich selbst wegen einer strafbaren Handlung belasten müssten.

2.8.2 Erläuterung

Die Bestimmung dient dazu, die Geltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzungen gesetzlich zu bestätigen und drei übergeordnete Verfahrensgrundsätze (Unschuldsvermutung, Mitwirkungspflicht, Selbstbelastungsfreiheit) zu präzisieren.

Art. 8 Abs. 1 bestätigt die Geltung des Verwaltungsverfahrenrechts im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung. Folglich sind bei Gesetzeslücken und als Auslegungshilfe die Prinzipien des Verwaltungsrechts beizuziehen. Bei Besonderheiten des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung ist das Verwaltungsverfahrensgesetz analog anzuwenden. Die strafprozessualen Verfahrensbestimmungen sollen nur dann angewendet werden, wenn sie im Verwaltungsverfahren anerkannt sind⁹⁰⁵.

Art. 8 Abs. 2 regelt die Unschuldsvermutung, die im Verwaltungsverfahren grundsätzlich keine Anwendung findet, da die Verwaltungsrechtspflege im Allgemeinen unterschiedliche und weniger weit reichende Verfahrensgrundsätze verlangt als das Strafrecht⁹⁰⁶. Die Unschuldsvermutung wird aber dann relevant, wenn die Notwendigkeit besteht, Betroffene davor zu schützen, dass ihnen die Verantwortung für eine Pflichtverletzung zugewiesen wird, bevor der Sachverhalt festgestellt und die Schuldfrage geklärt wurde. Dementsprechend haben

⁹⁰⁵ Vgl. dazu Kap. 5 Ziff. 4.1.

⁹⁰⁶ Vgl. dazu Kap. 5 Ziff. 4.1.3.

Literatur und Rechtsprechung die Gültigkeit gewisser Aspekte der Unschuldsvermutung im Disziplinarverfahren anerkannt⁹⁰⁷.

Staatsangestellte dürfen ohne gesetzlichen Schuldnachweis nicht als schuldig bezeichnet oder als schuldig behandelt werden. Weiter ist es Sache der Verwaltungsbehörde, die Schuld der Staatsangestellten zu beweisen; es obliegt nicht den Staatsangestellten, ihre Unschuld nachzuweisen. Dazu darf sich die Verwaltungsbehörde nicht von der Existenz eines für den Staatsangestellten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Folglich muss das Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung bei unüberwindlichen Zweifeln eingestellt werden und es soll von dem für den Staatsangestellten günstigeren Sachverhalt ausgegangen werden⁹⁰⁸.

Das Verhängen von vorsorglichen Massnahmen widerspricht der Unschuldsvermutung nicht. Vorsorgliche Massnahmen dienen dazu, den ordnungsgemässen Betrieb aufrecht zu erhalten, bis eine definitive Entscheidung gefällt wird. Die Massnahmen knüpfen nicht an einen feststehenden Sachverhalt, sondern an einen dringenden Verdacht an und regeln die Zeitspanne zwischen einem allfälligen dienstrechtlichen Fehlverhalten und deren rechtlichen Beurteilung. Vorsorgliche Massnahmen erwirken für die Betroffenen keinen anhaltenden Nachteil, da sie nichts endgültig regeln und keine Auswirkung auf den Gang des weiteren Verfahrens haben⁹⁰⁹.

E-Art. 8 Abs. 3 verpflichtet die Untersuchungsorgane, die Betroffenen darauf hinzuweisen, dass sie die Aussage nur verweigern können, wenn sie sich selbst wegen einer strafbaren Handlung belasten müssten. Die Bestimmung vermittelt zwischen Mitwirkungspflicht und Schweigerecht. Die Staatsangestellten sind im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung verpflichtet, bei der beweismässigen Sachverhaltsaufklärung und am ordnungsgemässen Verfahrensablauf aktiv mitzuwirken. Die Mitwirkungspflicht ist allgemeiner Natur und erstreckt sich auf alle Arten der Sachverhaltserhebung und damit auf sämtliche im Verwaltungsverfahren zulässigen Beweismittel. Die Staatsangestellten sind demnach verpflichtet, Urkunden vorzulegen, Auskünfte zu erteilen, Augenscheine zu dulden oder an einer Begutachtung mitzuwirken. Der Untersuchungsgrundsatz wird dabei nicht ausgeschlossen: Die Verwaltungsbehörde stellt von Amtes wegen den Sachverhalt fest und bedient sich der im Verwaltungsverfahren zulässigen Beweismittel. Da der Verwaltungsbehörde zur Erhebung tatsächlicher

⁹⁰⁷ Vgl. dazu Kap. 5 Ziff. 4.1.3.

⁹⁰⁸ Vgl. dazu Kap. 5 Ziff. 4.1.3.2.

⁹⁰⁹ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 4.2.

Gegebenheiten Zwangsmassnahmen fehlen und sie deshalb den Sachverhalt oft gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erheben kann, sind die Staatsangestellten verpflichtet, der Behörde alle erforderlichen Auskünfte über relevante Tatsachen zu erteilen und Schriftstücke einzureichen. Verweigern Staatsangestellte die Mitwirkungspflicht, begehen sie eine Arbeitspflichtverletzung⁹¹⁰.

Die im Strafverfahren zu den fundamentalen Verfahrensgrundsätzen zählende Selbstbelastungsfreiheit soll auch im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung gelten. Während Staatsangestellte die Mitwirkung im Verfahren nicht verweigern dürfen, so sind sie dennoch nicht zur Aussage verpflichtet, die zu ihrer eigenen strafrechtlichen Belastung beitragen. Sie haben das Recht zu schweigen, ohne dass ihnen daraus Nachteile erwachsen dürfen. Die Verwaltungsbehörde darf den Staatsangestellten nicht die Verpflichtung auferlegen, solche Antworten zu erteilen, durch die sie das Vorliegen einer strafrechtlichen sanktionierten Zuwiderhandlung eingestehen müssten, für die allein die Behörde den Beweis zu erbringen hat. Informationen sind derart einzuholen, dass entsprechende Auskünfte weder direkt noch indirekt einem Schuldgeständnis gleich kommen. Die Grenze ist da zu ziehen, wo die Stellung Betroffener aufgrund deren Aussagen wesentlich beeinträchtigt wird.

Wirken Staatsangestellte trotz dem Hinweis, sich nicht strafrechtlich belasten zu müssen, im Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung mit und kommen strafrechtlich relevante Beweismittel zum Vorschein, muss die Verwaltungsbehörde Strafanzeige erstatten. Die Verwaltungsbehörde ist gesetzlich verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt hat, oder die ihr gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden zu melden⁹¹¹.

⁹¹⁰ Vgl. dazu Kap. 5 Ziff. 4.1.4.2.

⁹¹¹ Vgl. dazu Kap. 4 Ziff. 3.1.1.1.; vgl. ebenfalls BGer vom 18.7.2012, 1B_205/2012.

3 Ausblick

Ziel vorliegender Arbeit war, das Disziplinarrecht und dessen tendenzielle Abschaffung aufzuarbeiten. Der Ist-Zustand verbleibender disziplinarrechtlicher Normen wurde aufgezeigt. Gleichzeitig wurde veranschaulicht, dass die tendenzielle Abschaffung des Disziplinarrechts eine gesetzliche Lücke hinterlässt, da in der Verwaltung weiterhin Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzungen durchgeführt werden, oft ohne dass eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist.

Von einer staatlichen Institution wird erwartet, dass sie verlässlich funktioniert und ihren Auftrag effizient, effektiv, gerecht und kundenorientiert erfüllt. Die Aufträge werden von Staatsangestellten ausgeführt. Damit Staatsangestellte im Sinne des institutionellen Auftrages ihr Bestes geben können, müssen sie in einem sich wandelnden sozialen, politischen und wirtschaftlichen Umfeld wissen, wofür sie verantwortlich sind, welche Pflichten sie zu erfüllen haben und welche Konsequenzen sie tragen müssen, wenn sie Grenzen überschreiten und Pflichten verletzen.

Die Verwaltungswirklichkeit zeigt, dass nach wie vor ein institutionelles Bedürfnis besteht, bei Arbeitspflichtverletzungen lenkend eingreifen zu können. Dazu bedarf es zumindest in den Grundzügen einer gesetzlichen Grundlage, die das entsprechende Verfahren formell regelt. Die Systematik der Rechtsordnung weist die Regelung dieses Verfahrens folgerichtig dem Personalrecht öffentlich Bediensteter zu. Zwar zeichnen sich die Revisionen des Personalrechts unter dem Einfluss des New Public Managements dadurch aus, Flexibilitätsbedürfnissen einer modernen und wettbewerbsorientierten Verwaltung gerecht zu werden und Normen in Form eines Rahmenerlasses tendenziell weniger bestimmt zu verankern. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass eine Regelung der Verfahren wegen Arbeitspflichtverletzung der Idee einer modernen Verwaltung widerspricht. Auch eine moderne Verwaltung kommt nicht umhin, in Verordnungen, Regelungen, Weisungen und Dienstbefehlen die Arbeitspflichten der Staatsangestellten fassbar zu umschreiben und Massnahmen bereitzustellen, die ermöglichen, korrigierend einzuschreiten, wenn Pflichten verletzt wurden. Da nicht mehr zeitgemäss ist, Staatsangestellte im Sinne von Unterdrückung, Abhängigkeit und Bestrafung zu disziplinieren, benötigt es eines gesetzlich geregelten Verfahrens, welches Massnahmen bereitstellt, die institutionelle Ordnung allumfassend sicherzustellen vermögen.

Bereits heute verfügt die Verwaltung mehrheitlich über ausreichende Instrumente, um ein vernetztes Regelungssystem bereitzustellen. Was hingegen oft fehlt, sind sowohl eine konsequente Nutzung vorhandener Mittel als auch gesetzlich verankerte Regeln im Personalgesetz,

die den Rahmen des Verfahrens wegen Arbeitspflichtverletzung definieren und das Vorgehen beschreiben, wenn Staatsangestellte für ihr rechtliches Fehlverhalten verantwortlich gemacht werden müssen.

Vorliegende Arbeit dient dazu, den Regelungsbedarf aufzuzeigen und Lösungsansätze anzubieten. Gewiss war nicht Ziel, eine absolute und abschliessende Lösung vorzulegen. Vielmehr besteht die Hoffnung, eine Diskussionsgrundlage bereitgestellt zu haben, um interdisziplinär Lösungen zu erarbeiten, vorhandene Mittel effektiv einzusetzen und gesetzliche Lücken zu schliessen, um langfristig institutionelle Ordnung sicherzustellen.

4 Stichwortverzeichnis

A

Abgrenzung · 97, 120 f., 135 ff., 208

Abschaffung · 3, 56, 71 f., 83 ff., 114 f., 142 f., 155 f., 167 f.

Administrativuntersuchung · 2, 3, 5, 19, 74, 135 ff., 155, 160, 194

Änderung der Arbeitszeit und des

Arbeitsorts · 67, 128 f., 219 f.

Änderung des Aufgabenkreises · 67, 128 f., 218 f.

Anreizsystem · 67, 84, 157 f., 181, 184

Arbeitspflichtverletzung · 3 ff., 74, 81 f., 102, 114 ff., 127, 143, 150, 152, 156, 183, 185, 204 ff., 214 ff., 233 ff.

Aufsicht · 19 ff., 61, 137, 173, 178

Aussageermächtigung · *Siehe* Ermächtigung

ausserdienstliches Verhalten · 91, 94 ff., 98, 209 f., 214, 216

B

Beamte · 1, 33, 61, 83, 87 f., 95 f., 105, 111 f., 125, 128, 135, 148, 170

Beamtenstatus · 67, 71, 83, 112, 114, 157

Berufsethik · *Siehe* Ethik

Berufsgruppen, bestimmte · 100 f., 212, 216

Beschwerde · 64, 68, 74 ff., 110, 121, 174,

besondere Rechtsverhältnis · 3, 39, 44 ff., 56, 59, 122, 125, 208

Beweise, unrechtmässig erlangte · 151, 186, 188, 200 ff.

BRD · 117, 125, 133 f., 150 f.

Bundespersonalgesetz · 2, 18 f., 60, 66 f., 69 f., 86, 97, 103, 105, 115, 125 ff. 132 ff., 166 f.

Bundesverfassung · 3, 10, 12, 14, 17, 19, 41, 61, 64, 107, 133, 186, 187, 192, 199, 204

Bundesverwaltungsgericht · 40, 59, 65, 75 f., 102, 110

Busse · 15, 40, 55, 67, 68, 70, 121 f., 127 ff., 135, 221

D

Datenschutz · 72, 152 ff.

Dienst- und eine Organisationsaufsicht · 24

Dienstpflichtverletzung · 74, 81, 114, 117 ff., 125 ff. 134, 139, 142, 144, 160

Dienstrecht, öffentliches · 1, 25, 47, 51, 56, 58 f., 66, 82 ff., 87 f., 157, 207 ff.

Disziplin · 4, 28 ff., 86, 89, 90, 91, 177, 179 f.

Disziplinarmassnahmen · 4, 14, 18 ff., 40, 43, 51 ff., 65, 68, 81, 84, 90, 120 ff., 144, 150, 152, 162, 168, 174, 217 ff.

Disziplinarordnungen, staatliche · 4, 51 ff.

Disziplinarrecht · 1 ff., 9, 19, 27 ff., 31, 39 ff. 42, 44, 51, 54 ff., 65, 68, 71 ff., 81 ff., 114, 120, 122, 126, 127, 133, 144, 156, 158, 162, 168, 186, 223, 235

Disziplinartatbestand · 114 ff.

Disziplinierung · 30 ff., 114, 119, 135, 173, 177, 181 ff.

E

Einordnung · 28, 39 f., 42, 46, 122, 186

EMRK, Art. 6 · 14, 41 ff., 187, 189, 193, 196 f., 201, 204 f.

Entlassung · 40, 64, 72, 78, 83, 86, 99, 126, 129 ff., 159 ff.

Ermächtigung · 15 f., 147 f.

Ermessen · 18, 20, 62, 110, 128, 133 f., 142, 145 f., 207, 222 f.

Ethik · 169 ff., 182 f.

F

FOUCAULT MICHEL · 9, 34 ff., 38

Freiheitsrechte · *Siehe* Grundrechte

Funktionale Betrachtungsweise · 98 ff., 209 ff., 212

Funktionsfähigkeit · 25, 101, 107 ff., 111, 132, 142, 177, 211 f.

G

Gehorsam · 28 ff. 39, 90 f., 95, 180

Generalklausel · 3, 54, 104, 114, 179, 209 f., 214

Gesetzmässigkeitsprinzips · 46 ff.

Grundrechte · 11, 44, 49, 57, 58 f., 92, 103, 111 f., 115, 124, 152, 212, 214, 216, 219

Grundrechtseinschränkungen · 3, 44, 49 ff.

H

Haftung · 11 f., 17, 65, 177

I

Innerdienstliches Verhalten · 94, 97, 209 f.

innere Sicherheit · 107 ff.

Institutionenvertrauen · 108, 110, 182

Interessenwahrungspflicht · 86, 92, 103, 105, 115, 209 ff., 214

K

Kontrolle · *Siehe* Aufsicht

Kritik · 83, 86, 142, 155, 167

Kündigung · *Siehe* Entlassung

L

Lohnkürzungen · 122, 126, 128

M

Macht · 9 f. 19, 21, 23, 3e ff., 39, 44, 177

Mahnung · 161, 163 ff., 119 f.

N

New Public Management · 1, 12, 60, 67, 84, 157 f., 158, 170 f., 168, 207, 235

Normbestimmtheit · 47 f., 207 f.

Normstufe · 46 f., 52, 203, 208

NPM · *Siehe* New Public Management

O

öffentliches Interesse · 31 f., 49, 59, 98, 104 ff., 114, 118, 177 ff., 194, 209 ff., 225

Opportunitätsprinzip · 84, 118, 132 ff., 139, 222 f.

P

personalrechtliche Massnahme · 100, 153, 157 ff., 183 ff., 211, 215

personalrechtliches Verfahren · 157 ff. 182, 211

Personalrekurskommission · 65, 75
pönale Massnahmen · 122, 123, 218
präventiv · 40, 83, 110, 122 f., 211, 218, 227
Privatleben · 39, 88, 95 f., 102, 213, 216 f.

R

Recht auf Information · 186, 196 f.
Recht zur Aussageverweigerung · 186, 192 f.
Rechtsentwicklung · 60 ff. 87 ff.
Rechtsschutz · 1, 4, 10, 58, 61 f., 72, 74 ff., 83, 85 f., 131, 143, 174
Rechtsstaat · 10, 87, 92, 113
Regelungssystem · 182 ff., 235

S

Sachverhaltsfeststellung · 110, 152, 206
Sanktionen · 14 f., 24, 28, 32, 38 ff., 43, 51 ff., 84, 120 ff., 139, 141, 144, 154, 185, 203 ff., 204, 205, 217 ff.
Schutz- und Fürsorgepflicht · 45, 50
Sonderstatusverhältnis · *Siehe* besonderes Rechtsverhältnis
Sozialisation · 30 ff.
Spektakelwert · 110
Staatshaftung · 11, 12, 16, 17, 183
Strafanzeige · 146, 149, 235
Strafuntersuchung · 5, 41 ff., 73, 102, 118 ff., 135, 140, 144 ff., 227 ff., 230 f.
Strafverfahren · *Siehe* Strafuntersuchung
Strafverfolgungsbehörden · 101, 145, 149, 150, 197, 206, 228, 230, 235

T

Teilrevision, BPG · 69, 76, 92, 159, 166 f.,

Treuepflicht · 3 f., 25, 28, 50, 53, 59, 72, 79, 81, 83, 84, 86 ff., 114 f., 179, 194, 209, 210

U

Unschuldsvermutung · 42, 186, 189 f., 204, 205, 232 ff.

V

Verantwortlichkeit · 1, 3 f. 9, 11 ff., 21 ff., 33, 40, 44, 60 ff., 65 f. 69, 72, 74, 86, 114, 117, 134, 144, 177 f., 182 f., 214 ff.
Verantwortlichkeitsgesetz · 1, 16 ff., 40, 56, 61, 65, 66, 69, 150, 211
Verfahrensgarantien · 10, 41 f., 139, 141, 186 ff., 203 ff.
Verfügung · 20, 22, 61, 63, 67, 74, 75, 76, 77, 80 f., 110, 114, 126, 143, 150, 157 f., 168, 172, 174, 181, 197, 198, 199, 203, 205, 232
Verhältnismässigkeit · 10 f., 49, 59, 102, 104, 107, 111 ff., 133, 153, 162, 224
Verjährung · 3, 40, 53, 68, 81, 117 ff., 224 ff., 226, 229
Verschulden · 3, 18, 81, 83, 114, 116 f., 120, 123, 125, 131, 134, 144, 161 f., 169, 223 f.
Verteidigungsrechte · 81, 186 f., 199
Vertrauen der Öffentlichkeit · 95, 98, 100 f., 112, 137, 150, 211
Verwaltungsethik · *Siehe* Ethik
Verwaltungskultur · 135, 158, 169 f., 171 f., 181, 183
verwaltungsrechtliche
Zwangsmassnahmen · 51 ff., 121 ff., 219
Verwarnung · 67 f., 70, 80, 125 ff., 135, 163 ff., 221

Verweis · 2, 40, 55, 67 f. 72, 76, 79 f., 85,
105, 117, 121 ff., 125, 126, 127, 134, 135,
163, 164, 184, 218, 219, 221, 229

vorsorglicher Massnahmen · 159 f., 221 f.,
230, 234

W

WEBER MAX · 33 ff., 38

wirkungsorientierten Verwaltung · *Siehe*
New Public Management

Z

Zuordnung · *Siehe* Einordnung